

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES CONSÉQUENCES

Civiles et Pénales

DE L'ADULTÈRE

En Droit Romain et en Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTÈNUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Le Vendredi 30 Novembre 1894,

À 3 heures 1/2 du soir,

PAR

EUGÈNE LE BAS

AVOCAT

SAINT-LO

IMPRIMERIE JEAN DELAMARE, RUE DE LA PAILLE

1894

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

DES CONSÉQUENCES

Civiles et Pénales

DE L'ADULTÈRE

En Droit Romain et en Droit Français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Le Vendredi 30 Novembre 1894,

À 3 heures 1/2 du soir,

PAR

EUGÈNE LE BAS

AVOCAT

SAINT-LO

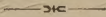
IMPRIMERIE JEAN DELAMARE, RUE DE LA PAILLE

—
1894

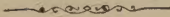
A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE



A MES PARENTS



A MES AMIS



Jury d'Examen

Président : M. CABOUAT, *Professeur.*

Suffragants { MM. DANJON, *id.*
BIVILLE, *Agrégé.*
TRUCHY, *id.*

BIBLIOGRAPHIE.

Droit Romain et Législations de l'Antiquité.

- ACCARIAS. — Précis de Droit Romain. — 2 vol. 1891.
BAILLEUX. — Thèse pour le Doctorat. — Lille 1891.
BOUCHÉ. — Etude sur l'Adultere au point de vue pénal.
— Paris 1893.
CORPUS JURIS CIVILIS. — Ed. Galisset. — 1836 Paris.
ED. CUQ. — Les Institutions Juridiques des Romains.
— Paris 1891.
CODICES GREGORIANUS, HERMOGENIANUS, THEODOSIANUS.
— Ed. Hœdel, 1837.
DEZOBRY. — Rome au siècle d'Auguste. — 4 vol.
1846-47.
DURUY. — Histoire des Romains. — 7 vol., 1879.
ESMEIN. — Le délit d'Adultere à Rome. — Paris 1878.
FLORENTIN. — Thèse pour le Doctorat. — Nancy.
1889-90.
FUSTEL DE COULANGES. — La Cité Antique. — Paris
1866.

GIDE. — Etude sur la Condition privée de la Femme. — 2^e édit. (Esmein).

LOUSTAUNAU. — Thèse pour le Doctorat. — Toulouse 1889.

JAMES MUIRHEAD. — Introduction Historique au Droit privé de Rome. — Traduction Bourcart. — Paris 1889.

VAN WETTER. — Cours élémentaire de Droit Romain. — 2 vol., 3^e édit., 1893.

MOMMSEN. — Histoire Romaine. — Traduction Alexandre. — 8 vol., 1863-72.

BOUCHÉ-LECLERC. — Manuel des Institutions Romaines. — Paris 1886.

LAFERRIÈRE. — Histoire du Droit Français. — 6 vol., 1852-58.

PAUL LACOMBE. — La Famille dans la Société Romaine. — Paris 1889.

DE PASTORET. — Histoire de la Législation. — 11 vol., 1817.

MEYNIER DE SALINELLES. — Du rôle des Ediles en matière de moralité publique. — Thèse. — Paris 1892.

LA GRANDE ENCYCLOPÉDIE. — Tome I. — V^o Adultère.

MARIUS FONTANE. — Histoire Universelle. — Paris 1881. (6 vol. parus).

BASILICORUM LIBRI LX. — Edition Heimbach. — 6 vol. (tome V).

MORTREUIL. — Histoire du Droit Byzantin. — 1844, 3 vol. (notamment tome II).



Ancien Droit Français.

BALUZIUS (STEPHANUS). — *Capitularia regum francorum*. — Paris 1677. — 2 vol. in-f°.

CORPUS JURIS CANONICI. — Lyon 1671. — Huguetan et Barbier. — 3 vol. in-f°.

BOUCHÉ. — *Etude sur l'Adultère au point de vue pénal*. — Paris 1893.

JOUSSE. — *Traité de la Justice criminelle*.

POTHIER. — *Traité de la Procédure criminelle*. — Du Contrat de Mariage. — (Oeuvres, édition Siffrein, 9 vol., 1824).

GAUTIER. — *Précis de l'Histoire du Droit Français*. — 3^e édit., 1887.

VIOLLET. — *Précis de l'Histoire du Droit Français*. — 1886.

LAFERRIÈRE. — *Histoire du Droit Français*. — 6 vol., 1858. — *Essai sur l'Histoire du Droit Français*. — 2 vol., 1859.

MUYARD DE VOUGLANS. — *Les lois criminelles de France*. — 1780.

BEAUMANOIR. — *Coutumes de Beauvoisis*. — Edition Beugnot. — 2 vol., 1842.

DENISART. — *Recueil de Jurisprudence*. — Paris 1783-1806. — 12 vol.

COULON. — *Le Divorce et la Séparation de Corps*. — 6 vol., 1890-92.

LA GRANDE ENCYCLOPÉDIE. — Tome XIV. — V^o Divorce. — (Etude de M. Glasson).

ABBÉ MIGNE. — Encyclopédie théologique en 50 vol. — 1844. — Tome IX, V^o Adultère.

ESMEIN. — Le Mariage en Droit Canonique. — 2 vol., 1891.

MERLIN. — Répertoire de Jurisprudence. — 4^e édition.

PARDESSUS. — Loi Salique. — 1 vol., 1843.

LOYSEL. — Institutes Coutumières. — Edition Dupin et Laboulaye. — 2 vol., 1846.

Droit Moderne.

AUBRY et RAU. -- Cours de Droit civil Français. — 8 vol., 1875.

BLANCHE. — Etudes pratiques sur le Code pénal. — 7 vol., 1872.

BULLETIN DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. — Etude de M. Pierre Daresté (année 1877-78)— Etude critique sur la fidélité conjugale et l'adultère, par M. Louis Bridel (année 1893).

CHAUVEAU et HÉLIE. — Théorie du Code pénal, 6^e édition, revue et annotée par M. Villey. — 6 vol., 1887.

CHABOT. — Commentaire sur la loi des successions. — 3 vol.

COULON. — Le Divorce et la Séparation de corps. — 6 vol., 1890-92.— Le Divorce et l'Adultère. — Paris 1892.

DALLOZ. — Répertoire alphabétique (D. A.) et Répertoire périodique de jurisprudence (D. P.)

DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code civil. — 9 vol.

DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon — 31 vol.

DURANTON. — Cours de Droit Français suivant le Code civil. — 22 vol., 1844.

GARRAUD. — Traité théorique et pratique du Droit pénal Français. — 1888-92. — 5 vol.

BARON GRENIER. — Traité des Donations et des Testaments. — 4^e édition, 1844-47.

LAURENT. — Principes de Droit civil, 33 vol. — Bruxelles-Paris, 1869-78.

FAUSTIN HÉLIE. — Traité de l'Instruction criminelle. — 8 vol., 1866.

LE SELLYER. — Traité de l'Exercice des Actions publique et privée. — 2 vol., 1874.

MANGIN. — Traité de l'Action publique et de l'Action civile en matière criminelle. — 2 vol., 1876.

MARCADÉ. — Explication du Code civil. — 12 vol., 1873.

MERLIN. — Recueil alphabétique des questions de Droit. — 6 vol., 1820. — Répertoire de jurisprudence. — 4^e édition.

MORIN. — Répertoire de Droit criminel. — 2 vol., 1850.

ORTOLAN. — Eléments de Droit pénal. — 1867.

PANDECTES FRANÇAISES. — Recueil alphabétique.

PROUDHON et VALETTE. — Traité sur l'Etat des personnes. — 3 vol., 3^e édition.

SIEYE. — Traité sur l'Adultère. — Paris 1875.

SOURDAT. — Traité de la responsabilité. — 3^e édition, 2 vol., 1876.

TROPLONG. — Le Droit civil expliqué. — 1872. — 27 vol.

VILLEY. — Précis de Droit criminel. — 5^e édition. — 1891.

BONNIER. — Traité théorique et pratique des preuves en Droit civil et en Droit criminel. — 5^e édition, 1888.

TOULLIER. — Le Droit civil français, — 6^e édition revue par Duvergier, 14 vol.

POUJOL. — Traité des Donations entre vifs et testamentaires. — 2 vol., 1840.

BOURGUIGNON. — Jurisprudence des Codes criminels. — 3 vol.

CARNOT. — Commentaires sur le Code pénal. — 2 vol. — 3^e édition, 1836.

LA GRANDE ENCYCLOPÉDIE, tome I, V^o Adultère.



INTRODUCTION.

L'adultère est défini par Littré le « violement de la foi conjugale. » L'homme et la femme, en contractant mariage, se sont juré l'un à l'autre affection et fidélité : si l'un d'eux vient plus tard à tromper cette affection, à manquer à cette fidélité, il commet de toute évidence une faute — et une faute grave — puisqu'il se rend coupable d'un parjure.

On a beaucoup disserté et beaucoup écrit sur l'adultère : poètes, romanciers, auteurs dramatiques, philosophes et moralistes ont trouvé là un champ incomparablement fécond d'études et d'observations ; on a même tant de fois discuté sur l'adultère, on l'a tant mis au théâtre et dans les romans, tant chansonné, tant servi à tout propos et à toute sauce — qu'on me pardonne la trivialité de l'expression — que l'on peut se demander s'il reste encore quelque chose à ajouter.

Eh bien, oui ! Si nombreux et si différemment inspirés qu'aient été les analystes de la faute conjugale, si approfondies et si fouillées que puissent paraître leurs études, il reste et il restera toujours beaucoup à dire sur l'adultère. C'est qu'en effet il y a là une question de psychologie plus délicate et plus difficile encore à résoudre que toutes les autres ; c'est que le cœur humain,

par l'incessante mobilité de ses sentiments et la diversité infinie de ses passions, échappe à l'analyse la plus minutieuse et la plus subtile ; c'est qu'enfin l'adultère est un fait de tous les temps et de tous les lieux, inhérent pour ainsi dire à la condition de l'individu dans la société telle que l'ont faite les civilisations dont nous nous réclavons, c'est qu'il se dresse fatalement et inévitablement en face du mariage, dont il est la négation et la mort, comme le Vice à côté de la Vertu, comme le Mal auprès du Bien. A un tel point même qu'il est permis de se demander si ce n'est pas se révolter contre la nature même des choses que d'obliger l'homme à engager pour jamais sa parole et sa vie, et si, au contraire, le seul remède pour faire disparaître l'adultère : — remède radical et efficace, celui-là — ne serait pas précisément de supprimer le serment de fidélité éternelle et d'abolir le mariage perpétuel....

Il serait sans doute on ne peut plus intéressant d'étudier l'adultère au point de vue philosophique, de rechercher les causes psychologiques d'où il procède, de suivre son développement intime en analysant les passions qui lui donnent naissance, et d'apprécier enfin les effets qu'il peut produire au double point de vue moral et social. Mais ce sont là de bien grosses et bien délicates questions qu'un esprit mûr et expérimenté oserait seul aborder.

Plus modeste sera notre tâche : n'envisageant uniquement que le côté juridique du problème, nous voudrions examiner quelle sanction la loi française qui nous régit a apportée au crime d'adultère, par quelles mesures répressives elle a tenté de l'arrêter, et à quels résultats elle est parvenue. Pour être en mesure de

discuter les principes qui ont inspiré les dispositions de notre Code français, il nous semble indispensable tout d'abord de passer rapidement en revue l'histoire de la législation en cette matière et, nous adressant ensuite à la Philosophie du Droit, de lui demander, au point de vue purement spéculatif, quelles règles fondamentales doivent être admises relativement à la sanction légale de l'adultère.

Dans les temps primitifs et chez les peuples barbares, l'adultère (celui de la femme, s'entend — car la faute du mari échappe à toute espèce de répression) est considéré non comme un simple délit, mais comme un abominable crime, et puni de châtimens exemplaires. Rien que la mort n'est capable d'expier un tel forfait ; et, souvent, non-seulement la mort, mais les supplices les plus affreux. C'est qu'alors la famille est organisée féroce ment sous la tyrannie de l'homme ; la femme n'est ni son égale, ni son équivalente, elle est son esclave, sa chose : infidèle, on la traite comme une esclave révoltée.

Veut-on avoir une idée de ce qu'était le mariage à cette période de l'antiquité ? Qu'on lise seulement ces quelques lignes de M. de Pastoret relatives aux coutumes matrimoniales des Assyriens et des Babylo niens : « Chaque année, à jour fixe, on se réunissait dans une place publique ; là, toutes les filles en âge d'être mariées étaient exposées comme à un marché. Un crieur public proposait d'abord à l'enchère celles dont la beauté était le partage, et l'on recueillait en masse l'argent qu'elles produisaient. Il appelait ensuite celles que disgraciait la nature, mettait un prix à chacune d'elles et la vendait au rabais ; celui qui les

prenait à moins était l'époux. De la sorte les femmes belles étaient exclusivement le partage des grands et des riches, tandis qu'on dévouait éternellement aux femmes laides les jeunes gens sans naissance et sans fortune. Et c'était l'autorité civile qui présidait à ces ventes ! » (1). On voit dès lors à quelle condition inférieure la femme doit être vouée.

Chez presque tous les peuples, d'ailleurs, la même existence lui est faite. En Syrie, le mari reste le seul maître, il peut avoir plusieurs concubines, et la femme légitime n'a, même sur ces dernières, aucune autorité. En Egypte et chez les Hébreux, l'unique mission de la femme est de donner à la famille et à l'Etat le plus grand nombre d'enfants possible, et le mari a le droit de posséder non seulement plusieurs concubines mais plusieurs femmes légitimes. En Grèce, l'épouse, reléguée dans le gynécée, reste sans influence comme sans pouvoirs. Les législations donnent à peu près toutes au mari une autorité sans bornes : il peut abandonner sa femme « comme un ami rompt avec son ami, comme un associé renonce à son association. » (2) Le sexe féminin, au contraire, ne semble né que pour vivre dans une humble dépendance, pour servir aux caprices les plus impérieux et les plus effrontés de l'autre sexe ; la jeune fille n'est pas, en réalité, la femme mais l'esclave de son mari. C'est à peine s'il se trouve une législation pour protester contre un état de choses aussi barbare : les Aryas ne connaissent pas la polygamie et la loi de

(1) de Pastoret, histoire de la législ., tome I, p. 228 et suiv.

(2) Marius Fontane. — Histoire Universelle — Les Egyptes, p. 367.

Manou fait de la femme l'égale de son mari au foyer domestique, et refuse de la considérer comme une servante. (1)

On comprend qu'avec de pareils principes et de semblables tendances, la peine de l'adultère dût être terrible : elle l'était, en effet. Mais on se demande vraiment comment concilier les sévérités de la loi antique avec les coutumes abominablement dépravées et licencieuses qui étaient en honneur chez la plupart des peuples. On connaît les fornications de Tyr et de Byblos ; en Egypte et chez les Hébreux la prostitution s'était développée d'une façon extraordinaire : à Sparte le prêt des femmes était dans les mœurs ; chez les Assyriens, la loi obligeait toutes les femmes nées dans le pays à se rendre une fois dans leur vie au temple de Vénus pour s'y livrer à un étranger. Ces pratiques honteuses reposent, paraît-il, sur les idées religieuses, ou plutôt sur les superstitions de l'époque.

Quoi qu'il en soit et malgré la corruption universelle, l'adultère était frappé des peines les plus épouvantables.

Chez les Syriens, le père de famille avait longtemps exercé, dans la terre promise, une autorité sans bornes, et c'était lui qui jugeait les crimes d'adultère : ainsi, Juda condamne seul la femme d'un de ses enfants convaincue d'adultère. (2) La peine était la peine du feu ; et c'est au supplice du feu que Thamar fut livrée pour son adultère. (3)

La loi égyptienne est implacable pour la femme

(1) Marius Fontane. — L'Inde Védique, page 67.

(2) Genèse. — XXXVIII. — Versets 24 et suiv.

(3) Genèse. — XXXVIII. — Verset 24.

adultère et pour son complice : on donne mille coups de fouet à l'homme et on coupe le nez de la femme pour la punir de l'abus de ses charmes par la perte de sa beauté. (1)

Dans la loi de Manou, l'adultère est considéré comme une chose honteuse, et le fils illégitime, preuve vivante de la faute, doit être regardé par sa mère comme une désolation : « Si une femme fière de sa famille et de ses qualités est infidèle à son époux, que la loi la fasse dévorer par les chiens dans une place fréquentée, qu'elle condamne l'adultère à brûler dans un lit de fer chauffé au rouge et que les exécuteurs alimentent sans cesse le feu jusqu'à ce que le pervers soit brûlé. » (2) L'adultère d'un soudra avec une femme d'un rang élevé n'est pas, dans l'Inde, une abomination moins horrible que, chez d'autres peuples, la bestialité.

Le Droit hébreu (3) frappe également de mort les deux complices de l'adultère : « le mépris et l'infortune, dit le Livre de la Sagesse, (4) attendent leur postérité, tandis que celle des personnes chastes sera honorée. » La peine, cependant, quoique toujours capitale, variait suivant les rapports des coupables entre eux ou avec la société : ainsi, la fille d'un prêtre était punie par le feu. La peine de droit commun était la lapidation. Si la mort n'était pas prononcée contre la femme coupable, le mari

(1) de Pastoret, tome II.

(2) Manou, livre VII.

(3) Genèse (XX, 5, 3) Exode (XX, 5, 14) Lévitique (XVIII, 5, 20) Deutéronome (V, 5, 18; — XXII, 5, 22).

(4) Chapitre III, 5, 16.

devait, dans tous les cas, la répudier, et elle ne pouvait épouser son complice. (1)

Les Lacédémoniens punissaient l'adultère comme le parricide. (2)

A Athènes, Dracon, sans édicter la peine de mort contre l'adultère, déclara qu'on pouvait, sans être puni, tirer vengeance de ce crime. D'après la législation de Solon, l'époux outragé avait le droit de tuer le coupable surpris en flagrant délit. Il pouvait aussi lui faire payer une somme d'argent, ou même, suivant certains écrivains, lui ôter la vue ou lui imprimer un stigmate avec un fer brûlant. Dans tout autre cas, l'homme prévenu d'adultère devait être mis en prison et obtenir des juges. S'il était reconnu coupable, on prononçait contre lui une peine arbitraire qui ne pouvait pas être la mort : « *Judices, excepta capitis poena, pro arbitrio in eum animadvertundo.* » Quant à la femme, elle était traduite devant les tribunaux, mais elle ne pouvait être condamnée à mort. Le mari devait, sous peine d'infamie, divorcer et cesser d'habiter avec elle. Il lui était permis de la vendre, et, s'il ne se présentait pas d'acheteurs, de la faire passer au dernier rang de ses esclaves. (3) La femme coupable ne pouvait plus entrer dans les temples, et il était permis à tous de la chasser par la force en la maltraitant : on lui arrachait les cheveux et on lui jetait sur la tête des cendres chaudes. Elle ne pouvait paraître en public avec des parures, ou bien chacun avait le droit de lui déchirer

(1) de Pastoret, tome IV, p. 202.

(2) de Pastoret, tome V, p. 15.

(3) de Pastoret, tome VI, p. 520.

ses habits, d'enlever ses ornements et de la battre : il suffisait de ne pas la tuer. (1)

Le Droit Romain — nous le verrons bientôt — suivit l'exemple commun, et, pendant des siècles, appliqua également aux adultères la peine capitale.

Tel fut, en cette matière, le sentiment unanime des législations barbares. Mais, à mesure que l'humanité avance en âge et en civilisation, l'adultère lui apparaît comme une défaillance de plus en plus excusable. Nous savons que la chair est faible et nous lui tenons compte de sa fragilité. Puis la femme tend de plus en plus à vivre avec l'homme sur un pied d'égalité. C'est pourquoi, sous l'influence bienfaisante et égalitaire du christianisme, les pénalités deviennent relativement douces : l'adultère est puni de la mort religieuse ; on prive le coupable des sacrements, on l'excommunie, pour ainsi dire. L'idée qui domine alors toute la législation n'est plus l'antique principe de la suprématie de l'homme sur la femme, c'est une conception par dessus tout religieuse : l'adultère est un crime parce qu'il contrevient d'une façon éclatante aux lois de l'Église qui décrètent l'indissolubilité du mariage. Le mariage est considéré surtout comme un sacrement.

Avec la Révolution, cette conception du mariage-sacrement disparaît pour faire place à la notion du mariage-contrat civil. Le mariage n'est plus que l'union légale de l'homme et de la femme, ce n'est plus qu'un contrat ordinaire qui doit être soumis aux règles des contrats ordinaires et qui peut, comme ceux-ci, être dissous pour cause de non-exécution des obligations contractées : de

(1) Morin — Répert. V^o Adultère, p. 90.

là le divorce, et notamment le divorce pour cause d'adultère. Mais les rédacteurs du Code n'osèrent pas faire sortir de ce principe, pourtant très juridique et très exact, toutes ses conséquences logiques, et ils maintinrent, tout en les adoucissant encore, les peines de l'adultère. Aujourd'hui, l'adultère n'est plus qu'un simple délit, frappé de peines correctionnelles différentes suivant qu'il s'agit du mari, de la femme ou du complice.

Les législations étrangères contemporaines ont obéi au même sentiment : la plupart ont admis l'application du divorce ; quelques-unes cependant, résistant au courant général, ont encore consacré le principe de l'indissolubilité du mariage même pour cause d'adultère. Mais toutes sans exception ont refusé de donner à l'adultère la qualification de crime, toutes le considèrent comme un délit contre lequel, à mesure que les Codes se transforment et s'amendent, les sévérités de la loi vont de plus en plus s'émoissant.

Constatons cette tendance universelle des législations à la restriction des peines de l'adultère et voyons maintenant si elle est juste et conforme à la philosophie du Droit.

L'adultère devant la loi peut être envisagé de trois façons différentes : comme un crime, comme un délit, ou comme une faute qui relève de la conscience seule et ne doit entraîner que des conséquences civiles.

Il est hors de conteste que l'adultère produit des effets d'une extrême gravité vis-à-vis de la conscience et vis-à-vis de la société. Le mariage est, en effet, la base de la famille, base elle-même de la société : « C'est le mariage,

a dit Proudhon, (1) qui fonde les familles comme ce sont les familles qui constituent l'Etat ; c'est par lui que les familles se connaissent, comme c'est par lui qu'elles se distinguent et se perpétuent ; le corps politique ne lui doit pas seulement sa force et son accroissement, mais encore sa tranquillité et son harmonie. » L'adultère, qui détruit le mariage, peut, par suite, causer de graves désordres dans l'ordre social ; il fait régner, entre les époux, la dissimulation et le trouble, il affaiblit le respect et l'amour des enfants, il jette dans l'âme du mari la plus douloureuse incertitude sur sa paternité, il fait naître la colère, la haine et la vengeance : en un mot, il peut être la source des plus grands scandales et des plus terribles attentats.

Tout cela est indiscutable et nous n'y contredirons pas. Oui ! si le mariage était ce qu'il devait être, s'il répondait dans la réalité des faits à la noble et admirable définition qu'en a donnée Portalis, quand il l'a appelé « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ! » certes, tout le monde serait d'accord pour reconnaître dans l'adultère le crime le plus odieux et le plus haïssable que l'on puisse rêver. Mais, dans la vie quotidienne, peut-on dire que le mariage soit toujours — soit souvent ? — l'union de deux âmes et de deux affections ? qu'y a-t-il dès lors de bien étonnant à ce qu'un mariage qui ne repose pas sur une base inébranlable de mutuelle confiance et

(1) Proudhon. — Traité sur l'état des personnes, tome I, p. 374.

d'estime réciproque soit exposé à des dangers multiples et profonds ? On invoque souvent pour excuser l'adultère les droits de la passion, on fait appel aux sympathies qu'excite toujours l'union de deux cœurs aimants, fût-ce en dehors des conventions sociales. Ce sont des arguments de sentiment qui ont leur valeur. Mais on pourrait ajouter avec plus de force encore que le mariage est si souvent une loterie ou un marché qu'il n'est pas absolument déraisonnable de plaider le peu de gravité et jusqu'à la légitimité de l'adultère : il ne s'agit que d'une tentative pour trouver ailleurs l'affection que l'union légale ne peut donner. Sans pousser cette idée jusqu'à l'extrême, il est permis de dire qu'il y a souvent à l'adultère des circonstances très atténuantes, et que dès lors considérer l'adultère comme un crime impardonnable et indigne de toute pitié serait une injustice et une sorte de retour à la barbarie. L'histoire de l'évolution législative que nous venons de tracer tout-à-l'heure en est du reste la preuve la plus convaincante et la plus rassurante.

Et pourtant ou bien l'adultère est un crime, ou bien il ne doit pas relever du Code pénal. Il faut choisir entre les deux solutions : il n'y en a pas d'autre qui soit équitable et sensée. Les législations modernes ont cependant pris un moyen terme et fait de l'adultère un délit. Un délit ! Pourquoi donc ? La pensée qui les a guidées nous semble très nettement exprimée dans ces quelques lignes du rapport de M. Monseignat au Corps législatif :

« Placé dans tous les Codes au nombre des plus graves attentats aux mœurs, à la honte de la morale, » l'opinion semble excuser ce que la loi doit punir ; une » espèce d'intérêt accompagne le coupable, les railleries

» poursuivent la victime. Cette contradiction entre l'opinion et la loi a forcé le législateur à faire descendre dans la classe des délits ce qu'il n'était pas en sa puissance de mettre au rang des crimes. »

Retenons l'aveu : c'est que de nos jours le mariage n'est plus, suivant l'expression de M. Coulon, qu'« une association temporaire basée sur les commodités d'intérêt et le besoin que chaque sexe a de la présence habituelle de l'autre dans sa vie, » c'est que, loin d'envisager l'adultère comme un crime, les mœurs publiques trouvent toujours une excuse à ces « poétiques lâchetés de l'amour. » Montesquieu disait déjà : « Un mari qui voudrait seul posséder sa femme serait regardé comme un perturbateur de la joie publique et comme un insensé qui voudrait jouir de la lumière du soleil à l'exclusion des autres hommes. » Et, tout récemment, M^{me} Adam s'exprimait ainsi : « La loi ne reconnaît pas les vœux éternels des moines : pourquoi reconnaîtrait-elle ceux des maris et des femmes ? Si on accorde qu'un homme marié et une femme mariée sont tenus à la fidélité sous peine de mort, on recrute pour l'amour libre. »

Voilà pourquoi l'adultère n'est aujourd'hui qu'un délit vis-à-vis de la loi positive. Mais, c'est trop ou trop peu. A quels résultats conduisent, en effet, les peines — ridicules et odieuses tout à la fois — édictées par la loi ? Je dis ridicules et odieuses. Ridicules : car si l'on se place au point de vue de la défense du principe de la famille et de la morale, il me paraît évident que la pénalité actuellement infligée est parfaitement insuffisante — disons le mot : dérisoire. Quelle amoureuse, quel amoureux ont fait taire leurs sentiments dans la crainte de quelques sous d'amende, de quelques jours de prison ? Et notez

que les tribunaux se montrent, en cette matière, particulièrement enclins à l'indulgence et ne prononcent le plus souvent contre les coupables qu'une peine de seize à cinquante francs d'amende. Qu'est cela pour punir un manquement qui, s'il constitue réellement un délit, présente une incontestable gravité ?

Odieuses, ai-je dit encore, car, trop fréquemment, la poursuite en adultère, si elle n'est pas un honteux procédé, un moyen de chantage employé par l'époux trompé aux dépens de son conjoint auquel il promet son désistement à l'audience contre une promesse de défaut dans l'instance de divorce engagée aussitôt après l'action correctionnelle, une transaction acceptée par l'adultère dans le but d'échapper à la condamnation et d'éviter coûte que coûte un terrible scandale, la poursuite en adultère est tout simplement une vengeance. Si, en effet, l'adultère est un danger social, donnez à la société ou à ses représentants le droit de poursuivre la répression de ce crime, comme elle a le droit de poursuivre la répression de tous les autres. Mais, au contraire, vous prétendez que l'adultère est moins un crime contre la société que contre l'époux, que les inconvénients du scandale dépasseraient la gravité de la faute, et vous attribuez au mari seul le droit d'intenter la poursuite, vous mettez entre ses mains à lui la répression de l'outrage dont il est la victime, et vous faites dépendre le châtimement de son humeur plus ou moins irritable, de son caractère plus ou moins violent, de sa passion plus ou moins surexcitée par les conseils intéressés de ceux qui l'entourent ! Il est partie dans la cause et vous le faites juge ! Et vous appelez cela la Justice et le Droit !...

Laissez plutôt se dénouer tout naturellement ces

unions mal assorties, ouvrez toute grande la porte de sortie — le divorce — à ces situations intolérables : c'est là de toute évidence la solution la plus raisonnable et la plus humaine. L'adultère est une violation d'un des termes du contrat librement consenti, donnant à la partie lésée le droit de rompre ce contrat, si elle le désire. C'est à cet effet qu'à été inventé le divorce. Ou vous déclarez le mariage indissoluble et alors vous avez raison de frapper de certaines peines tout acte y contrevenant ; ou vous le réduisez à l'état de simple contrat, et alors vous devez placer les parties contractantes dans les conditions qui régissent les engagements mutuels. Or que fait la loi du divorce, sinon de placer le mari et la femme dans ces conditions ? Un des deux contractants perd, par le fait de l'adultère, le droit de continuer à jouir du contrat : le contrat est rompu ; que viendraient faire les peines correctionnelles ? Et pourquoi le mari outragé en userait-il ? S'il a l'intention de pardonner et de reprendre la vie commune, je ne vois pas bien ce qu'une condamnation prononcée contre l'épouse coupable peut ajouter de cordialité aux futures relations conjugales. Si, au contraire, il entend profiter de cette violation du contrat pour le dénoncer, pourquoi s'adresserait-il à la police correctionnelle alors qu'il a la ressource de frapper à la porte du Tribunal civil ? Depuis le divorce, la nécessité s'impose, au nom de la logique et de la raison, d'abolir toute pénalité accessoire, L'adultère impuni (au point de vue criminel) c'est la conséquence naturelle et forcée du divorce, de même que le divorce était la conséquence du mariage considéré seulement comme contrat civil : cela s'enchaîne et se commande,

Le plan que nous allons suivre sera d'une extrême simplicité. Nous maintenant dans les strictes limites de notre sujet, nous ne prétendons nous livrer ni à une analyse philosophique ni à une étude juridique complète de l'adultère : nous voulons seulement, comme notre titre l'indique, indiquer l'évolution historique des pénalités criminelles ou civiles qui, depuis le Droit romain, ont frappé les adultères. Nous laissons absolument de côté tout ce qui concerne les éléments, la poursuite et les preuves de l'adultère : nous supposons un adultère commis, établi, prouvé, et nous recherchons quelles peines vont frapper les coupables.

Qu'il s'agisse du Droit romain, de l'ancien Droit ou du Droit moderne, la division de notre travail s'impose tout naturellement : effets de l'adultère au point de vue pénal, — puis effets de l'adultère au point de vue civil. En un mot, les conséquences de l'adultère aux yeux de la loi positive,



DROIT ROMAIN

Le Droit Romain comprend un certain nombre de lois répressives de l'adultère. De toutes, la plus importante et la mieux connue est certainement la *Lex Julia de Adulteriis coercendis* (Dig : XLVIII, 5).

L'étude de cette loi formera, par suite, la partie fondamentale de notre travail ; mais nous aurons soin d'examiner également la législation antérieure et la législation postérieure à la Loi Julia.

De là une division toute naturelle en trois périodes :

I^{re} Période. — L'Adultère avant la Loi Julia.

II^e Période. — L'Adultère sous la Loi Julia.

III^e Période. — L'Adultère postérieurement à la Loi Julia.



I^{re} Période.

L'Adultère avant la Loi Julia.

2 chapitres : 1^o Conséquences pénales de l'adultère ;
— 2^o Conséquences civiles de l'adultère.

CHAPITRE I^{er}

CONSÉQUENCES PÉNALES DE L'ADULTÈRE AVANT LA LOI JULIA.

Aux premiers siècles de Rome, l'adultère était, semble-t-il, un fait assez peu répandu et presque exceptionnel. Astreints à un travail incessant, ne quittant la charrue que pour l'épée, continuellement soldats ou laboureurs, n'ayant ni le temps ni les moyens de s'adonner au luxe et aux plaisirs, les Romains des premiers âges avaient conservé des mœurs pures et patriarcales, qu'une religion rigoureuse et austère

comme celles qu'ils possédaient ne pouvait que merveilleusement encourager : la Chasteté, sous les traits de la déesse Vesta, avait alors ses prêtresses et ses autels.

La femme vit presque enfermée dans la maison de son mari. Sa fidélité est à peu près complètement assurée par les conditions de l'existence qui lui est faite. Dans toute la durée de cette existence, elle ne connaît qu'un seul homme ; il ne lui est pas permis de quitter son mari, à moins que lui-même ne la repousse. Le ménage du vieux Romain apparaît donc comme relativement austère.

Cependant, dès cette époque, l'adultère, si rare qu'il fût, était déjà prévu et réprimé par la loi. Selon Juvénal, il aurait fait son apparition dès l'âge d'argent :

*Antiquum et vetus est alienum, Posthume, lectum
Concutere, atque sacri genium contemnere fulcri...
Viderunt primos argentea sæcula mœchos.* (1)

Ovide, dans ses Héroïdes et ses Métamorphoses, ne craint pas de charger de cette faute la conscience de quelques-uns de ses personnages. (2)

D'après Denys d'Halicarnasse, Romulus ordonna de punir sévèrement l'adultère comme un des crimes les plus odieux, et Numa Pompilius, ayant défendu à la femme adultère de s'approcher de l'autel de Junon, décida que celle qui aurait violé cette défense devrait, les cheveux épars, immoler une brebis à cette déesse. (3)

Arrivons maintenant à la législation positive qui a précédé la Loi Julia.

(1) Juvénal, sat. VI, V. 21 et seq.

(2) Ovide — Métamorphose ; II, 8.

(3) Aulu-Gelle, Nuits attiques, IV, 3.

SECTION I^{re}. — *Adultère du mari.*

L'adultère du mari n'était pas puni : « *Illa te, si adulterares, digito non auderet contingere, nec jus est.* — Si tu es adultère, ta femme ne saurait te toucher du bout du doigt, elle n'en a pas le droit, » disait Caton. (1) Le mari n'est coupable que s'il a commis adultère avec la femme d'autrui ; il est alors punissable, non comme mari, mais comme complice.

Il y a donc là entre le mari et la femme une inégalité choquante. On la justifie par la constitution de la famille romaine et par les idées religieuses qui en sont le fondement et l'essence : « Aux yeux de la religion antique, dit M. Fustel de Coulanges, (2) la faute la plus grave qui puisse être commise est l'adultère ; car la première règle du culte c'est que le foyer se transmette du père au fils ; or, l'adultère trouble l'ordre de la naissance. Une autre règle est que le tombeau ne contienne que les membres de la famille ; or, le fils de l'adultère est un étranger qui sera enseveli dans le tombeau. Tous les principes de la religion sont violés ; le culte est souillé, le foyer devient impur. Chaque offrande au tombeau devient une impiété. Il y a plus : par l'adultère, la série des descendants est brisée ; la famille même, à l'insu des hommes vivants, est éteinte, et il n'y a plus de bonheur divin pour les ancêtres. » C'était une idée généralement admise dans l'antiquité et

(1) Aulu-Gelle, Nuits attiques, X, 23, 5.

(2) La Cité antique, p. 106 et suiv.

que la Loi Hindoue indique et précise d'une façon tout à fait identique : « Ces êtres, fruits d'un commerce adultère, anéantissent dans ce monde et dans l'autre les offrandes adressées aux dieux et aux mânes lorsqu'on leur en donne une part. » (1) Quant à l'adultère du mari, la Loi de Manou, elle aussi, l'excuse sans difficultés : « Quoique la conduite d'un époux soit blâmable, bien qu'il se livre à d'autres amours et soit dépourvu de bonnes qualités, une femme vertueuse doit constamment le révéler comme un dieu. » (2) On a voulu aussi, pour justifier cette anomalie, qui a, dans une certaine mesure, persisté jusqu'à nos jours, présenter certaines raisons d'ordre social et d'ordre moral. Nous les retrouverons en étudiant le Droit moderne. Mais, dès à présent, nous déclarons nous élever avec force contre cette injustice inqualifiable, qui permettait à trop juste titre aux femmes romaines de s'écrier avec le satyrique : « *Ecastor lege dura vivunt mulieres.* » (3).

SECTION II^e. — *Adultère de la Femme.*

Lorsque le mari surprend sa femme en flagrant délit, il a le droit de la tuer, et le meurtre qu'il commet dans ces conditions est légitime : « *in adulterio si uxorem tuam deprehendisses, sine judicio impunè necares,* » disait Caton. (4) Et il y avait pour le mari, non une excuse atténuante, mais une impunité complète.

(1) Manou, III, 75. — Traduct. Loiseleur de Longchamps, p. 102.

(2) Manou, V, 154. — Traduct. citée, p. 191.

(3) Plante, Mercator, acte IV, scène 5.

(4) Aulu Gelle, Nuits attiques, X, 23, 5.

Ce droit était incontestable si la femme était *in manu*.

Lorsque la femme n'était point *in manu*, il semble, — bien que cette solution soit discutée et combattue, notamment par M. Esmein, — que le mari conservait toujours le « *jus occidendi*, » — qui, selon l'expression de M. Gide, résulterait non pas de la *manus* mais du mariage lui-même. (1)

Le père possédait le même droit en vertu de son pouvoir absolu de *paterfamilias*, pourvu que sa fille fût restée *filiafamilias*; mais ce droit lui échappait si la fille était tombée *in manu mariti*.

Quel est le sort de la femme adultère lorsqu'il n'y a pas de flagrant délit ? Il est infiniment probable qu'à l'origine le mari était seul souverain appréciateur de la peine qui pouvait lui être infligée. « Le mari, dit Caton l'Ancien, est juge de sa femme ; son pouvoir n'a pas de limite : il peut ce qu'il veut ; si elle a commis quelque faute avec un autre homme, il la tue. » (2) Mais, bientôt, tout en laissant à la direction du mari la répression de l'outrage fait à son nom, le législateur décida que la femme adultère serait soumise à un jugement ; et, afin d'éviter la honte et la flétrissure des débats judiciaires, il chargea de cette mission le tribunal domestique. C'était une juridiction toute particulière et dont l'organisation était réglée bien plutôt par les mœurs et par l'usage que par la loi elle-même. Au point de vue purement juridique, la femme tombée *in manu* n'avait de parents civils que ses agnats, c'est-à-dire les parents

(1) Gide, p. 116.

(2) Aulu Gelle, X, 23.

de son mari ; mais un tribunal composé uniquement d'agnats n'eût pas présenté des garanties d'impartialité suffisantes ; aussi on les écarta pour appeler à siéger aux côtés du mari les cognats de la femme, c'est-à-dire ses parents naturels, et la décision par eux rendue fut baptisée de leur nom : « *decretum cognatorum, decretum propinquorum.* »

Lorsque la femme était *filiafamilias*, c'était son père qui, en vertu du droit absolu de vie et mort que la loi lui reconnaissait sur toute la *domus*, pouvait la juger, et l'usage était aussi qu'il convoquât le conseil de famille. (1)

Si la femme était *sui juris*, restait-elle encore néanmoins soumise à la compétence du tribunal domestique ? Remarquons que, dans les deux hypothèses précédentes, elle n'était jugée, ni par le mari ni par le *paterfamilias*, mais bien par le conseil de famille ; or, il n'existe dans le cas qui nous occupe maintenant aucune raison particulière d'établir une règle nouvelle et de soustraire la femme à la juridiction établie par la loi en cette matière.

Le conseil de famille avait des pouvoirs illimités que les mœurs seules corrigeaient. A l'origine il prononçait la peine de mort : *Θανάτω ζημιούν συνεχώρησεν.* (2)

Un pareil châtimement paraît exorbitant et l'on se demande par quel moyen concilier, avec cet implacable rigorisme, certains usages qui, par contre, n'attestent pas chez des gens de vertu aussi sensible une délicatesse

(1) Denys d'Halicarnasse, liv. XVII, chap. 4.

(2) Denys d'Halicarnasse, liv. II, chap. 25.

de sentiments bien grande. Comment en effet concevoir l'effrayante cruauté de cette maxime : « *Adulterii convictam vir et cognati uti volent necanto* », en présence de cette loi de Numa, citée par Plutarque : « Le mari romain ayant jà assez d'enfants à son gré, si un autre qui en désirerait le venait prier de lui bailler sa femme, il la lui pouvait céder. C'était en lui de la donner du tout ou de la prêter à temps pour la reprendre après. » (Traduction d'Amyot) ? Quoi qu'il en soit, à l'origine la peine était : la mort.

Plus tard le châtiment fut adouci, et on appliqua généralement l'exil à deux cents milles de Rome : « *exemplo majorum propinquis suis ultra ducentesium lapidem removeretur...* » (1)

A mesure que la corruption s'infiltrait peu à peu dans les mœurs, la puissance paternelle allait s'affaiblissant de plus en plus, et le tribunal de famille commença à se départir de sa sévérité primitive. Ainsi, lorsque fut née l'action *rei uxoriæ*, l'habitude naquit de s'adresser de préférence à la juridiction publique. L'adultère constitue, en effet, une violation des mœurs, et les mœurs étaient la base sur laquelle reposait l'édifice du gouvernement. Vraisemblablement, aucune loi n'intervint à cet égard, mais rien n'empêchait le magistrat d'agir, et c'était l'édile curule, remplissant dans cette occasion le rôle de ministère public, qui traduisait la matrona coupable devant l'assemblée du peuple. Il y avait alors une *multa irrogatio* et la peine dut être assez forte : ce fut peut-être l'exil ; (2) ce fut le plus souvent une amende,

(1) Tacite, Annales, II, 50.

(2) Cicéron, Pro Rabirio, 25, 2.

multa, qui pouvait se mouvoir entre deux mille as et un million d'as. Cette *multa* était parfois si considérable que, s'il faut en croire Tite-Live, on put, avec le produit des amendes infligées à quelques matrones, faire élever un temple à Vénus.

SECTION III^e. — *Peine du complice.*

Au cas de flagrant délit, le mari avait le droit de tuer le complice en même temps que la femme adultère. Il pouvait également, lorsqu'il ne voulait pas user du *jus occidendi*, infliger au complice le châtiment corporel que bon lui semblait. Plaute (1), Horace (2), Aulugelle (3), Valère-Maxime (4), nous donnent quelques exemples des supplices que la vengeance inspirait parfois au mari :

« 1^o *Sempronius Musca C. Gallium deprehensum in adulterio flagellis cecidit* ; 2^o *Memnius Octavium similiter deprehensum nervis contudit* ; 3^o *Carbo Accienus a Vibieno, item Pontius a P. Cornio, deprehensi castrati sunt* ; 4^o *Cn. etiam Furium Crocchum qui deprehenderat familia stuprandum objecit.* »

Ces peines exemplaires n'étaient pas, semble-t-il, de pratique bien courante parmi les maris trompés, et M. Lacombe (5) nous montre quel genre de répression

(1) Plaute, *Miles Gloriosus*, acte V, scène dernière.

(2) *Épître I*, 38, 41, 142.

(3) *Nuits Attiques*, XVIII, 18.

(4) VI, §§ 11, 12 et 13.

(5) P. Lacombe. — *La Famille dans la Société Romaine*, p. 368.

plus positive ceux-ci affectionnaient de préférence : « La loi, dit-il, et l'opinion, permettaient au mari de rançonner l'amant. Du reste le défaut de répression publique était pour beaucoup dans ces méchantes mœurs. Un mari qui surprenait sa femme en flagrant délit ne savait trop comment se conduire. Relâcher l'amant ? C'était de quoi se rendre ridicule. Le bâtonner simplement ? C'était encore aux yeux de l'opinion se montrer bien bonhomme, chose moquée de tous temps. D'autre part le tuer, le mutiler, si on n'était pas cruel, si l'on se sentait ému par les prières, par les angoisses de la victime, c'était dur. La victime offrait de l'argent, souvent beaucoup : moitié cupidité, moitié humanité, on acceptait ; des coups de bâton et de l'argent, c'était la peine qui tendait à devenir de règle entre les mains du mari ordinaire. Mais, sur cette pente, certains maris besogneux ou avarés glissaient. L'adultère avait été profitable une fois : ils laissaient la femme suivre son goût démontré pour le libertinage, ils l'y poussaient quelque peu, puis tendaient leurs filets en conséquence. »

A défaut de châtiment corporel, le mari pouvait enchaîner le complice, appeler des témoins pour faire constater l'adultère, et amener lui-même le coupable devant le magistrat qui appliquait la peine fixée par la loi ou par l'usage. Cette peine était pécuniaire : (1) « *prius adulterii pœna pecuniaria erat.* » Un des effets de la sentence était de rendre le condamné *intestabilis*.

Semper curato ne sis intestabilis,

Quod amas, amato testibus præsentibus (2).

(1) Horat. Satir. II, 1, v. 46.

(2) Plaute, Curculio, acte I, scène 1.

S'il n'y avait pas de flagrant délit, le complice était traduit par le magistrat devant l'assemblée du peuple.

CHAPITRE II.

CONSÉQUENCES CIVILES DE L'ADULTÈRE AVANT LA LOI JULIA

SECTION I^{re}. — *Par rapport à la femme.*

I. — Le mari doit répudier sa femme coupable d'adultère. On rapporte que Romulus avait décrété que le mari qui répudierait sa femme, sauf aux cas d'adultère et de deux ou trois autres offenses très graves, perdrait sa fortune, et que celle-ci serait donnée moitié à sa femme et moitié à Cérès.

Il est donc certain qu'on pouvait répudier sa femme pour cause d'adultère. (1) C'est le conseil de famille qui décidait s'il y avait lieu de prononcer la répudiation. S'il admettait l'affirmative, il rendait une sentence en ces termes : « *Tuas res tibi habeto... boetito foras.* » (2)

II. — Dot de la femme. A l'origine, « *dotis causa perpetua est* » (loi 1 Dig. de jure dotium, 23, 3) : le mari l'acquiert pour toujours de quelque façon que le mariage soit dissous. Cela se comprend facilement puisqu'à l'ori-

(1) Muirhead. — Trad. Bourcart, p. 34 et 317.

(2) Ed. Cuq. p. 226.

gine la répudiation n'était pas un acte arbitraire, et que le mari était forcé de prendre l'avis du conseil de famille ; mais, au bout de cinq siècles, les mœurs se corrompirent et les divorces se multiplièrent, le mari trouva tout simple de répudier sa femme et de garder la dot.

Il fallut alors faire échec au principe de la perpétuité de la dot ; on imagina, à cet effet, de faire promettre par le mari de rendre quelque chose de la dot au cas de divorce, promesse qui fut garantie par l'action *ex stipulatu*. Et ce fut encore le conseil de famille qui, jugeant *quid melius æquius esset*, détermina quelle partie de la dot le mari devait garder et quelle partie il devait restituer. De cette restitution conventionnelle à la restitution légale il n'y eut qu'un pas. C'est ainsi que naquit l'action *rei uxoriæ*, pour prendre place, dans l'intérêt de la femme, à côté de l'action *ex stipulatu*. Par contre, pour permettre au mari, lorsque la répudiation était fondée, de garder tout ou partie de la dot, on créa l'action *de moribus*. Nous trouvons la preuve de l'existence de ces actions dans une satire d'Horace, antérieure à la Loi Julia. Il compare la sécurité qu'offrent les amours faciles avec les dangers de l'adultère :

Nec vereor... ne dum... vir rure recurrat.

Janua frangatur, latret canis, undique magno

Pulsa domus strepitu resonet, vepallida lecto

Desiliat mulier, miseram se conscia clamet ;

Cruribus hæc metuat, doti deprensa. (1)

Ces expressions *metuat, doti deprensa*, semblent suffisamment indiquer que la femme convaincue d'adultère perdait sa dot.

(1) Horace. Satires, liv. I, satir. II,

Comment fonctionnaient et se combinaient ces différentes actions ?

Lorsque le mari a réuni entre ses mains les preuves de l'adultère et que la femme n'intente aucune action, le mari peut prendre les devants et se faire attribuer, par l'action *de moribus*, tout ou partie de la dot.

Si la femme intente l'action *ex stipulatu* qui est une action de droit strict, elle obtiendra, même quand l'adultère serait péremptoirement prouvé, la restitution entière de sa dot, mais le mari pourra alors intenter l'action *de moribus*, et, par un *judicium* séparé, se faire attribuer tout ou partie de la dot.

Si la femme intente l'action *rei uxoriæ*, qui est *in bonum et æquum concepta*, le magistrat doit rechercher « *quid melius æquius esset*, » et condamner le mari à restituer telle portion de la dot. A l'origine on fixait ce que le mari devait rendre ; plus tard, on déterminait ce qu'il pouvait garder. Ce fut la théorie des « *retentiones ex dote*. » Celle qui concernait l'adultère s'appelait « *retentio propter mores majores*. » La quotité de cette rétention fut d'abord livrée sans limitation à l'arbitrage du juge, plus tard elle fut fixée, par une loi, à 1/6 de la dot. Cette quotité était d'ordre public et ne pouvait être ni exclue ni modifiée.

Enfin, si le mari n'a pu, par suite de son ignorance, faire valoir ses droits et s'est vu condamner par l'action *rei uxoriæ* à la restitution de la dot, il aura encore le droit d'intenter, après coup, l'action *de moribus*.

SECTION II^e. — *Conséquences civiles de l'adultère du mari.*

Pendant longtemps, au point de vue civil comme au point de vue pénal, l'adultère du mari conserva l'odieux

privilège de l'impunité, mais les plaintes bruyantes des femmes finirent par obtenir quelque résultat et des restrictions furent peu à peu apportées à cette impunité.

Postérieurement à Plaute, qui se fait volontiers l'écho des doléances des matrones, l'action *de moribus* fut accordée à la femme par la même loi qui fixait le taux des rétentions. Voici dans quelles limites. En droit commun, si la dot a pour objet une somme d'argent ou toute autre quantité, « *quæ pondere, numero mensurave constat,* » la restitution se fractionne en trois parties égales qui deviennent respectivement exigibles un an, deux ans et trois ans après la dissolution du mariage. Si la dot a pour objet un corps certain, le mari doit le restituer immédiatement. D'après la nouvelle loi, le mari, dans la première hypothèse, perdit le bénéfice du terme ; dans la seconde hypothèse, il fut condamné, en outre de la restitution immédiate, à payer en plus « *quantum in illa dote quæ triennio redditur repræsentatio facit.* »

2^e Période.

L'Adultère sous la Loi Julia.

Pendant sept siècles le Droit que nous venons d'étudier avait suffi aux Romains ; mais, en même temps que les conquêtes, la richesse et le luxe se développèrent d'une façon considérable et donnèrent naissance à des mœurs nouvelles. La famille n'est plus, comme autrefois, une assemblée forte et unie ; le mari n'est plus un justicier souverain et respecté, car la débauche s'était peu à peu glissée jusque dans le sanctuaire de la famille. C'est en vain que pour remédier au luxe des femmes la loi Oppia (540) défendit aux Romaines d'avoir plus d'un demi-once d'or, de porter des vêtements de couleurs variées et de se servir de litières dans Rome ; c'est en vain que la loi Voconia (585), en limitant leur capacité de recevoir par testament, diminuait leur richesse et par là même leur indépendance et leur influence.

Malgré tous ces efforts, la corruption grandissait de jour en jour, au dire unanime des historiens et des jurisconsultes. Il fallut en arriver à une répression plus énergique, et tel est le but de la Loi Julia.

Et cependant, il faut le reconnaître, même à côté de désordres éclatants, l'ancienne austérité se conservait encore dans de nombreuses familles. Du temps de Sylla, de Marius, des Gracques, des adultères furent mis à mort, d'autres émasculés, et les auteurs de ces châtimens n'étaient pas inquiétés. (1) Malgré la dépravation de ses mœurs et ses débauches infâmes, Sylla rendit plusieurs lois pour remettre en honneur la sainteté du mariage. (2) Au reste il compromit d'avance ses lois en les privant de leur meilleure sanction, l'exemple du législateur.

La Loi Julia, appelée par Suétone (3) « *Lex Julia de Adulteriis et Pudicitia*, » est portée au Digeste (4) sous la rubrique *Lex Julia de Adulteriis coercendis*, et au Code (5) sous la rubrique « *Lex Julia de Adulteriis et Stupro*. » Elle fut votée, sur la proposition d'Auguste, en l'an de Rome 736 ou 737. « C'est, dit M. Esmein, l'une de ces lois des *Judicia publica*, dont la plupart se rattachent aux noms de Sylla, de César et d'Auguste, et qui, pour la première fois, donnèrent au Droit pénal de Rome une base solide et des règles précises ». Elle fait partie de cet ensemble de réformes par lesquelles Auguste espérait reslaurer dans Rome les mœurs antiques. Les particularités qu'elle présente n'ont pas manqué d'attirer sur elle l'attention des jurisconsultes : Ulpien, Paul et Papinien l'avaient commentée en détail ; Cujas et Brisson, parmi nos anciens auteurs, l'étudièrent également avec soin.

(1) Val. Max. VI, I, 3-13.

(2) Plutarque. — Vie de Sylla, 35.

(3) Suétone — Auguste, 34.

(4) Digeste, lib. XLVIII, tit. 5.

(5) Code, lib. IX. tit. 9.

La Loi Julia est générale : elle punit non seulement l'adultère, mais encore tous les autres délits contre les mœurs ; nous nous en tiendrons, bien entendu, pour rester dans les limites de notre plan, aux conséquences juridiques de l'adultère.

Ici encore nous diviserons notre sujet en 2 chapitres, et nous examinerons successivement les conséquences pénales et les conséquences civiles de l'adultère.

CHAPITRE I^{er}

CONSÉQUENCES PÉNALES DE L'ADULTÈRE SOUS LA LOI JULIA.

3 sections : adultère du mari ; adultère de la femme ; peine du complice.

SECTION I^{re}. — *Adultère du mari.*

Le mari, comme dans le droit antérieur, reste privilégié, et l'adultère qu'il commet n'est point puni. La loi fait à l'homme marié le même sort qu'au célibataire, ni plus ni moins. Le mot « *adulter* » désigne, non pas le mari qui trompe sa femme, mais le complice d'une femme adultère.

Il existe cependant une légère peine contre le mari adultère : si le mari qui s'est rendu coupable d'inconduite et de dérèglement porte une plainte en adultère contre sa femme, sa plainte doit être rejetée : ce n'est pas qu'il faille voir là une compensation des délits, mais bien une espèce d'indignité qui frappe le mari adultère.

SECTION II°. — *Adultère de la femme.*

En principe, l'adultère de la femme est puni ; mais, comme dans la législation romaine il existait plusieurs sortes d'unions — *justæ nuptiæ*, *matrimonium sine connubio*, *concubinat et contubernium*, — la question est de savoir si, pour chacune de ces unions, l'adultère peut donner lieu à des poursuites.

A. — *Justæ nuptiæ*. — La femme unie à son mari par les *justæ nuptiæ* tombe sous le coup de la Loi Julia. Ici la loi, bien que se servant malencontreusement du terme de *materfamilias*, (1) veut parler de toute femme *nupta*, mariée en justes noces, sans distinguer si elle est *materfamilias* ou simplement *uxor*. Il importe peu également qu'il s'agisse d'*uxor justa* ou d'*uxor injusta*. (2) Les lois caducaires, qui voulaient abolir presque toutes les prohibitions concernant le mariage, interdirent néanmoins le mariage entre les sénateurs, leurs enfants au premier degré et leurs autres descendants par les mâles,

(1) Loi 8, princ., loi 10, princ. Dig. Ad Leg. Juliam.

(2) Loi 13, § 1, Dig. H Tit.

d'une part ; et, d'autre part, les affranchis et les affranchies, les comédiens ou comédiennes et leurs enfants au premier degré, enfin, les prostituées ; (1) de plus, l'ingénu ne pouvait contracter mariage avec une *lena*, l'affranchie d'une *lena* ou d'un *leno*, la femme prise en adultère ou condamnée sur une accusation publique, la comédienne, et, d'une manière générale, toute femme notée d'infamie. (2) Si, malgré les défenses de la loi, un mariage était intervenu entre ces différentes catégories de personnes, ce mariage même constituait une base suffisante pour permettre à l'action en adultère de s'exercer. (3)

La loi romaine n'apportait à ce principe qu'une légère restriction ; elle concernait les prostituées de profession et les *lenæ*, auxquelles il faut assimiler les maîtresses d'auberge : « *Cum his quæ publicè mercibus vel tabernis exercendis procurant, adulterium fieri non placuit.* » (4) *Sed et in ea uxore quæ vulgaris fuerit, potest maritus adulterium vindicare, quamvis, si vidua esset, impunè in ea stuprum committeretur.* » (5) Julius Clarus étend même cette solution au cas où la femme avait un grand nombre d'amants.

B. — *Matrimonium sine connubio*, ou mariage du droit des gens. — Dans cette hypothèse encore, l'esprit de la loi réclame son application : « Il ne s'agissait pas, dit

(1) Loi 44, princ. Dig. de Ritu Nuptiarum (XXIII, 2). — Ulp. Reg. tit. XIII, § 1.

(2) Ulp. Reg. tit. XIII, § 2. — tit. XVI, § 2.

(3) Loi 24, § 3. Dig. H. Tit. — Loi 13, § 1, H. Tit.

(4) Pauli Sent. lib. I, tit. 26, § 11.

(5) Loi 13, § 2. Dig. H. Tit. — Loi 22, Code Ad. Leg. Jul. (IX, 9).

M. Esmein, de réserver aux citoyens romains un bénéfice, mais d'arrêter la contagion de l'immoralité dans ce monde de Rome où se mêlent les nations. » (1)

C. — *Le Concubinat*. — Le concubinat, défendu aux *matronæ honestæ*, n'est permis qu'avec les affranchies et les femmes de mauvaises mœurs ou de condition inférieure ; seule, parmi les concubines, l'affranchie est tenue de fidélité et pourra être punie pour son adultère ; (2) quant à la femme de mauvaises mœurs et à la femme de condition inférieure elles sont « *extra poenam legis positæ*. »

Cela est facile à comprendre : la concubine, en effet, est précisément l'opposé de la *materfamilias*, et, d'autre part, le concubinat implique, de la part du mari, non cette estime profonde qu'il doit avoir pour son épouse, mais au contraire beaucoup d'indifférence. Les concubines ne sauraient donc être logiquement astreintes à la fidélité conjugale.

D. — *Le Contubernium* ou mariage des esclaves. C'était plutôt un accouplement qu'une union, et les lois sur l'adultère n'y pouvaient guère trouver leur application. (3) Si l'adultère était commis par la femme esclave avec tout autre que son maître, il devait être puni ; mais, comme l'esclave mâle ne saurait figurer en justice, (4) c'est le maître seul qui, usant de son droit absolu de vie et de mort, a le droit de châtier la coupable

(1) Esmein, p. 18.

(2) Loi 13, princ, Dig. H. Tit.

(3) Loi 6, princ, Dig. H. Tit.

(4) Loi 107, Dig. de Regulis juris, (lib L, tit. 17).

comme bon lui semble. Il possède en même temps contre son complice les actions *injuriarum et de servo corrupto*. Lorsque l'adultère est commis par l'esclave mâle, la femme a d'autant moins d'action que, en règle générale, nous l'avons vu, l'adultère du mari n'est pas répréhensible. C'est encore le maître qui peut lui infliger tel châtiment que bon lui semble, y compris la mutilation et la mort ; et contre la complice de cet esclave il a les mêmes actions que contre le complice de la femme esclave. Le sénatus-consulte Claudien augmenta même la sanction : trois sommations faites à une femme libre qui persiste à entretenir des relations avec l'esclave lui firent perdre sa liberté et ses biens. En réalité, l'adultère des esclaves constituait plutôt un stupre qu'un adultère.

Tels sont les cas dans lesquels la femme adultère doit être punie. Examinons maintenant quelles peines lui sont infligées, et, pour cela, étudions la sanction pénale à deux points de vue : le *Jus Occidendi* et la peine proprement dite.

§ 1. — *Jus Occidendi*.

2 parties : A. — Le *jus occidendi* chez le mari ; B. — Le *jus occidendi* chez le père.

A. — *Le jus occidendi chez le mari*. — Malgré le relâchement des mœurs, l'épouse adultère n'avait pas toujours affaire à un mari bénin et complaisant et le mari songeait parfois, au contraire, à laver dans le sang l'outrage fait à son nom. La Lex Julia le

lui interdit : il ne pourra jamais tuer sa femme ; (1) s'il viole cette prohibition, il sera considéré comme un meurtrier et tombera sous l'application de la loi *Cornelia de Sicariis*. La Loi Julia ne contenait même aucune atténuation en sa faveur ; mais la jurisprudence le traita plus humainement, et, tenant compte de sa légitime douleur et de sa juste irritation, elle abaissa considérablement en sa faveur la peine de l'homicide : si le mari meurtrier était d'humble condition, on l'exilait pour toujours ; s'il était honorable, on le reléguait. (2)

Mais, n'ayant pas le droit de se venger, que doit faire le mari au cas de flagrant délit ?

Il doit, sous peine de *lenocinium*, répudier immédiatement sa femme et déclarer dans les trois jours avec qui et dans quel lieu il l'a surprise en adultère. (3)

B. — *Le jus occidendi du père.* — Le père, à la différence du mari, a le droit, sous certaines conditions, de tuer sa fille adultère.

Pourquoi cette différence ? Papinien l'explique de la manière suivante : « *Quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit ; cæterum mariti calore et impetus facillè decernentis fuit refrœnandus.* » (4)

Distinguons plusieurs hypothèses :

Si la fille est *sui juris*, le droit du père est certain et incontestable ;

Si elle est *filiafamilias*, son père, pourvu qu'il soit *paterfamilias*, a le *jus occidendi* ; c'est un droit qui lui

(1) Pauli Sent, lib. II. tit 26, § 4.

(2) Loi 38, § 8. Dig. H. Tit.

(3) Pauli Sent, lib. II, tit. 26, § 6.

(4) Loi 22, § 4. Dig. H. Tit.

appartient depuis les premiers siècles de Rome. Mais si le père n'est lui-même que *filiusfamilias*, ce droit lui échappe, s'il faut en croire Ulpien et Papinien (1) qui sont sur ce point en désaccord avec Paul.

La fille est *in manu mariti*: la loi, qui enlève au mari le *jus occidendi*, le restitue au père. (2)

Mais pour que le père, dans les cas où il en a le droit, puisse exercer légitimement ce *jus occidendi*, il faut la réalisation de plusieurs conditions:

1° Que le père surprenne sa fille en flagrant délit, *in ipsa turpitudine, in ipsis rebus Veneris*, ἐν ἑργῷ. (3)

2° Qu'il la surprenne dans sa propre maison ou dans celle de son gendre. Et ici, par maison, il faut entendre l'habitation réelle. C'est qu'alors l'audace de la femme dénote une perversité plus grande et aggrave encore sa faute. (4)

3° Qu'il la tue « *manu sua*, » sans emprunter le secours d'un étranger ou d'un parent.

4° Qu'il la tue sur l'heure même, « *in continenti*. »

5° Enfin, qu'il sacrifie en même temps le complice : « *uno ictu et uno impetu utrumque debet occidere*. » (5)

S'il tue seulement l'un des deux coupables, il devient inexcusable. S'il tue l'un et blesse l'autre, il n'est pas en principe libéré ; mais, dit Papinien, un rescrit de Marc-Aurèle et Commode permet de ne pas le poursuivre.

Telle était la puissance et la force de ce *jus occidendi*

(1) Lois 20 et 21. Dig. H. Tit.

(2) Loi 22, § 4, Dig. H. Tit.

(3) Loi 23 prine, Dig. H. Tit.

(4) Loi 23, § 2, Dig. H. Tit.

(5) Loi 23, § 4, Dig. H. Tit.

qu'il subsistait au profit du père, même si celui-ci avait été déclaré *leno* ou avait subi quelque autre condamnation infamante, même si sa fille était *ignominiosa*, même si le complice était un magistrat.

§ 2. — *Peine proprement dite.*

Ce n'est plus, sous la Loi Julia, la juridiction familiale qui juge la cause et qui prononce la peine; toute compétence lui est maintenant si nettement refusée que, lorsque l'empereur Tibère voulut la rétablir, il fallut de sa part une déclaration formelle et expresse. (1)

Le texte qui concerne la pénalité de l'adultère ne nous est pas parvenu; de là une grande controverse qui a donné naissance à de nombreuses opinions. Nous indiquerons seulement les deux principales: d'après l'une, la peine était la rélévation; d'après l'autre, c'était la mort.

Première opinion. — Les partisans de la peine de mort invoquent, en faveur de leur théorie, certains arguments qui, à première vue, semblent ne pas manquer de valeur; ils présentent d'abord un texte des Institutes de Justinien (2): « *Lex Julia de adulteriis coercendis . . . temeratores alienarum nuptiarum gladio punit;* » ce texte, qui ne vise littéralement que le complice, mais qu'il faut logiquement étendre à l'adultère, prononce la peine de mort. — On peut répondre à ce premier argument que le texte invoqué constitue une interpolation de

(1) Suétone, Tibère, 35.

(2) Instit. lib. IV, tit. 18, § 4.

Tribonien : ce jurisconsulte, qui voulait uniquement faire du droit pratique, a maintes fois interpolé des textes pour les rendre conformes à la pratique de son temps.

C'est ce qu'il a habilement réalisé ici. Et puis comparons avec la Novelle 134, chap. 10 : « quelques empereurs avant Constantin augmentèrent la peine de la Loi Julia et la rendirent capitale ; mais cela n'arriva qu'extraordinairement et pour une cause spéciale. » Voilà donc Justinien en contradiction avec lui-même.

2° Une Constitution d'Alexandre Sévère, prétendant continuer à appliquer les peines édictées par la Loi Julia, décide qu'il faut infliger les peines du *lenocinium* à celui qui aura épousé une femme adultère ayant, d'une façon ou d'une autre, échappé à la peine capitale. (1) Donc, conclut-on, c'était bien la peine de mort qui était en vigueur. — Faut-il encore voir dans ce texte une nouvelle interpolation de Tribonien ? Cujas l'affirme, et cela est fort probable. La Loi Julia, en effet, faisait partie des *judicia publica* : c'était une loi fixe, immuable, ne comportant ni maximum, ni minimum, ni aggravation, ni atténuation. Il est, dès lors, absolument inadmissible que la femme condamnée ait pu échapper à la mort. Que la chose ait été possible plus tard sous le système des *cognitiones extraordinariae*, cela peut se soutenir ; mais il ne faut pas confondre les temps et les époques. Que pourrait tout au plus prouver ce texte ? Tout simplement que la peine de mort existait sous Alexandre Sévère, c'est-à-dire à peu près deux siècles et demi après la Loi Julia.

(1) Loi 9, Code ad Leg. Jul. (IX, 9.)

3° Une Constitution de Maximien, rendue en l'an 293 après J.-C., (1) permet de transiger sur un crime capital excepté sur l'adultère. — Que faut-il en conclure ? Qu'en l'an 293, l'adultère était crime capital, comme il l'était déjà en l'an 225. D'ailleurs, s'il faut en croire Cujas, il y aurait ici encore une interpolation de Tribonien.

4° Un texte de Paul (2) prévoit la séduction d'un enfant, d'une jeune fille, d'une jeune femme, la séduction de leurs gardiens, la corruption par l'argent, et prononce la peine de mort ; mais c'est une hypothèse toute différente et beaucoup plus grave et plus odieuse par les circonstances qui l'environnent que l'adultère pur et simple : dans ces conditions, on comprend que la peine fût augmentée.

Seconde opinion. — La seconde opinion soutient que la peine prononcée par la Loi Julia était la rélévation. Nous avons vu combien sont faibles et aisément critiquables les arguments invoqués par le précédent système. Voici maintenant ceux qui sont présentés en faveur de la rélévation :

1° A l'époque d'Auguste, le législateur n'aimait pas à verser le sang et la peine capitale eût paru, à cette époque, hors de proportion avec la faute.

2° Un texte de Paul (3) semble définitivement trancher la question : « *Adulterii convictas mulieres.... relegatione in insulam placuit coerceri ; adulteris vero viris, pari in insulam relegatione. dummodo in diversas insulas relegentur ;* » on ne pourrait souhaiter un texte plus clair et plus formel.

(1) Loi 18, de Transactionibus, Code (II, 4).

(2) Pauli Sent. lib. V, tit. 4, § 14.

(3) Pauli Sent. lib. II, tit. 26, § 14.

3° La Loi défend à tout citoyen, sous peine de *lenocinium*, d'épouser une femme condamnée pour adultère, (1) et elle interdit à celui qui a été condamné pour adultère d'épouser la femme non condamnée qui a été sa complice. C'est donc que la peine n'était pas une peine capitale.

4° Les condamnés pour adultère, homme ou femme, ne peuvent être témoins, ni dans un testament, ni en justice. (2)

5° Le condamné pour adultère ne peut être soldat. (3) La conclusion qui se dégage de tous les textes précités, c'est que la loi, ne comportant pas de degrés et ne devant prononcer qu'une absolution ou une condamnation, ne pouvait frapper de mort les adultères.

6° Une loi (4) prévoit le cas où un homme a corrompu sa parente à un degré où le mariage est prohibé; il y a alors inceste et adultère. Quelle est la peine? « *in insulam deportandus est : quia duplex crimen est.* » Comment soutenir après cela que l'adultère simple soit puni de mort?

L'histoire ne vient-elle pas aussi de son côté corroborer cette solution? Julia, fille d'Auguste et épouse de Tibère, fut reléguée dans l'île Pandatéria. La sœur de Caligula, coupable d'adultère avec Emilius Lepidus, fut reléguée par son frère à Pontia. (5) Julia, fille de Ger-

(1) Loi 11, § 13, loi 29, § 1, Dig. H. Tit.

(2) Lois 14 et 18, de Testibus, Dig. (Lib. XXII, tit. 4).

(3) Loi 4, § 7, de Re militari, Dig (tit. XVI, lib. 40); loi 2, § 3, de His qui notantur infamia (lib. III, tit. 2).

(4) Loi 5, Dig., de Quæstionibus (lib. XLVIII, tit. 18).

(5) Suétone, Caligula, 24-25.

manicus et nièce de Claude, épouse de Vinicius, fut accusée d'adultère sur les instigations de Messaline et reléguée. Octavia, femme de Néron, soupçonnée d'adultère avec un esclave nommé Encerus, fut reléguée en Campanie. (1) Dans une foule d'autres cas — plus de 3,000 sous le seul règne de Septime Sévère sont inscrits dans les annales judiciaires de Rome, — la relégation fut toujours prononcée. •

Il existait plusieurs sortes de relégation : en matière d'adultère on appliquait la relégation à temps dans une île. Cette peine entraînait l'infamie et spécialement elle obligeait la condamnée à dépouiller la stola des matrones pour revêtir la toga, la robe infamante des courtisanes.

SECTION III^e. — *Peine du Complice.*

Le complice peut être puni quel que soit son âge et quelle que soit sa situation. Le complice marié est punissable comme le célibataire, auquel il est complètement assimilé. Le mineur l'est comme le majeur : il suffit seulement qu'il soit pubère. (2) L'esclave comme l'homme libre ; mais l'esclave pouvait, en outre de la peine ordinaire, être soumis à la torture, même s'il appartenait à un tiers ; sauf, au cas d'absolution, le droit pour le maître de se faire rembourser le double de l'estimation qui avait été faite de l'esclave.

La peine était, de même que pour la femme, la

(1) Tacite, Annales, 60, 62, 64.

(2) Loi 36, Dig. H. Tit.

rélégation ; on se bornait à placer les deux complices dans des îles différentes : « *dummodo in diversâs insulas relegentur*, » dit le texte de Paul que nous avons cité.

L'Histoire nous fournit encore de cette solution plusieurs exemples. C'est ainsi qu'Ovidius Naso fut exilé comme complice de l'adultère de Julie, fille d'Auguste, encore qu'il n'en eût été que le témoin oculaire.

Quel est le droit du père et du mari sur le complice qu'ils surprennent en flagrant délit ? Ils ont l'un et l'autre le *jus occidendi* ; seulement quelques différences sont établis entre eux, relativement à l'exercice de ce droit. Le mari a le *jus occidendi* qu'il soit *paterfamilias* ou *filiusfamilias* : le père en est dépouillé s'il est *filiusfamilias*, puisque, dans ce cas, il ne peut tuer sa fille et que d'autre part la loi exige le meurtre des deux coupables. (1) S'il n'en tue qu'un seul, il sera coupable de meurtre, conformément au droit commun ; si, ayant tué le complice, il a blessé seulement sa fille, il est coupable ; mais des rescrits de Marc-Aurèle et Commode lui assurèrent l'impunité pourvu que les blessures fussent graves. Le mari peut, au contraire, tuer un seul des coupables. — Le père et le mari doivent surprendre les adultères en flagrant délit et les tuer *in continenti*, mais il faut, pour le mari, que le crime ait lieu dans sa maison ; pour le père, qu'il les surprenne dans sa propre maison ou dans celle de son gendre. — Tandis que le mari peut se servir de la main de ses enfants, le père ne

(1) Loi 24, § 2, Dig. H. Tit.

doit agir que *manu suâ*. — Le père peut tuer le complice de quelque rang qu'il soit, le mari ne peut tuer impunément que les personnes viles et infâmes : les esclaves et les affranchis du mari, de la femme, et de leurs plus proches parents, celui qui a été *leno*, celui qui, condamné par un jugement public n'a pas été réhabilité, le comédien, le danseur, le chanteur, et, en un mot, tous ceux qui font métier de leur corps, « *qui corpore quæstum faciunt.* » (1)

Il n'est pas sans intérêt, au point de vue de la moralité publique, de remarquer la situation particulière que la loi fait à l'esclave. Le mari, comme le père, a le droit de tuer l'esclave surpris en flagrant d'adultère ; tandis que, s'il s'agissait d'un homme libre, le père seul conservait cette licence. D'où provient cette différence ? Est-ce de ce que l'esclave était personne plus vile ? Assurément, ce motif était vrai ; mais il y avait aussi une autre considération analogue à celle qui fait punir plus sévèrement le vol d'un domestique que celui d'un étranger. « L'esclave, dit M. Lacombe, avait vraiment en grand nombre ce qu'on pourrait appeler des avantages de position. Il était à même de connaître le caractère de sa maîtresse aussi bien que son mari, et mieux peut-être. Il connaissait aussi le mari ; à quel point celui-ci était clairvoyant ou jaloux ; les défauts qu'on lui trouvait ; ses torts prétendus ou vrais, ses infidélités, ses habitudes, les heures de son absence, celles du retour. Au fait des lieux, aussi bien que des gens, l'esclave était en mesure

(1) Loi 24 princ, Dig. H. Tit. — Pauli Sent. lib. II, tit. XXVI, § 4.

de combiner un plan de séduction mieux que personne, s'il voulait. L'amour le faisait vouloir.... » (1)

Enfin, le mari doit, dans les trois jours, déclarer au magistrat les faits et lieu du crime et répudier sa femme sur-le-champ.

Lorsque le mari n'a pas le droit de tuer le complice, ou s'il ne veut pas user de son droit, que doit-il faire ? Il peut retenir le coupable pendant vingt heures de jour ou de nuit pour appeler des témoins qui constateront l'adultère ; s'il le relâche, il ne peut le reprendre ; s'il s'échappe, il peut le reprendre et le retenir pendant vingt heures : « *Viro adulterum in uxore sua deprehensum, quem aut nolit aut liceat occidere, retinere horas diurnas nocturnasque continuas non plus quam viginti, testandæ ejus rei causa, sine fraudâ sua, jure liceat.* » (2) Et le père a le même droit.

Que faut-il décider relativement aux autres complices, c'est-à-dire à ceux qui se trouvaient mêlés plus ou moins directement à l'adultère commis ? Leur faute désignée du nom infamant de *lenocinium*, était sévèrement châtiée. Il peut y avoir plusieurs catégories de complices, et la situation est différente suivant qu'il s'agit du mari lui-même ou des étrangers.

Le mari complice. — Le mari est coupable de *lenocinium*, qu'il soit mercenaire ou simplement complaisant : généreux ou faible, le mari est traité sur le même pied que celui qui l'a trompé. Comment expliquer une telle rigueur ? C'est que, de toute évidence, la loi a soupçonné

(1) Paul Lacombe. — La Famille dans la Société Romaine, p. 357.

(2) Loi 25, Dig. H. Tit.

comme probable de la part du mari un calcul ignoble et honteux. Mais il faut, pour que ce soupçon soit compréhensible, admettre que les habitudes de *lenocinium* aient été très répandues.

Le mari mercenaire : c'est le mari qui retire un bénéfice de l'adultère de sa femme, « *qui quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit*, » qui reçoit quelque chose à cause de cet adultère même. Le mari est *leno* toutes les fois qu'il a obtenu un profit, que ce soit personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers ; peu importe également que le mari ait ainsi agi une seule fois ou plusieurs fois.

Il y avait, par exemple, *lenocinium* lorsque le mari, connaissant l'adultère de sa femme, essayait, par ses menaces, d'intimider le coupable et ne consentait que moyennant argent à renoncer à l'accusation. Cet indélicat procédé s'appellerait aujourd'hui du chantage (1). La femme pouvait être également punie de *lenocinium*, bien qu'elle n'eût pas d'action pénale pour poursuivre l'adultère de son mari ; mais, comme elle avait l'action *de moribus*, le législateur craignait qu'elle n'acceptât de l'argent pour se taire. (2) L'époux convaincu de *lenocinium* était très sévèrement puni ; on lui appliquait les peines de l'adultère.

Le mari complaisant : le mari, ainsi que nous l'avons vu, ne peut pas tuer sa femme surprise en flagrant délit, mais il est tenu de la répudier. C'est une des conséquences de l'esprit religieux de la législation romaine.

(1) Loi 2, § 2, Dig. ; loi 8 princ. ; loi 29, §§ 2 et 4, Dig. H. Tit.

(2) Loi 33, § 2, Dig. H. Tit.

« Cette religion était si sévère, dit Fustel de Coulanges, que l'homme n'avait pas même le droit de pardonner complètement et qu'il était au moins forcé de répudier sa femme. » (1) Cette répudiation doit être sérieuse et définitive. Si le mari ne l'accomplit pas, ou bien si, après la répudiation, il ose se remarier avec l'épouse adultère, il est coupable de *lenocinium*. Le mari doit aussi renvoyer et poursuivre le complice; sinon il commet encore un *lenocinium*; (2) mais, il faut observer que la maxime « *de crimine adulterii pacisci non licet* » ne s'applique qu'aux pactes à prix d'argent. La loi ne s'oppose point à ce que le mari usant d'indulgence envers les coupables remette l'accusation: « *Quod si patiatux uxorem delinquere, non ob quæstum, sed negligentiam, vel culpam, vel quamdam patientiam, vel nimiam credulitatem extra legem positus videtur.* » (3).

Les complices étrangers. — La loi frappe d'abord ceux qui ont favorisé l'adultère: ainsi celui qui a offert sa maison, (4) que ce soit ou non un tenancier habituel de maisons de débauche, et quand même il n'aurait agi que par pure complaisance. De même sont punis: celui qui a simplement donné le conseil de commettre l'adultère; celui qui, ayant découvert l'adultère, s'est fait donner de l'argent pour garder le silence; et même celui qui s'est seulement entremis pour faire conclure ce peu respectable marché.

Toutes ces personnes ne pourront, de plus, garder

(1) La Cité Antique, p. 109.

(2) Loi 33, § 1, Dig. H. Tit.

(3) Loi 29, § 4, Dig. H. Tit.

(4) Loi 8, loi 9, § 1, Dig. H. Tit.

l'argent qu'elles auront reçu de cette façon : le préteur donnera à celui qui a payé l'action ou l'exception *quod metus causa*. (1) Enfin est encore punissable l'homme qui aurait épousé une femme condamnée pour adultère ; à cette dernière le concubinat reste seul permis. (2) Tous ces complices, qui ne sont qu'indirectement intéressés à la faute, sont néanmoins punis des mêmes peines que l'adultère proprement dit et ces peines peuvent atteindre aussi bien les femmes que les hommes.

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES CIVILES DE L'ADULTÈRE SOUS LA LOI JULIA.

La situation du mari demeurant toujours privilégiée et, pour ainsi dire, au-dessus de la loi, nous n'avons à nous occuper que de ce qui concerne la femme et le complice.

SECTION I^{re} — *La femme adultère.*

Le divorce est une conséquence naturelle et presque nécessaire de l'adultère. Le mari, à moins d'être un

(1) Loi 7, § 1, *quod metus causa*. Dig. lib. IV. Tit. 2).

(2) Loi 8, princ., loi 29 princ., H. T. loi 9, code (IX, 9), loi 1, § 2, Dig. de Concubinis (lib. XXV. tit. 7).

mari complaisant, et par suite un *leno*, doit immédiatement répudier sa femme à laquelle il lui est complètement interdit de pardonner ; et il doit accomplir cette répudiation même avant d'intenter toute poursuite pénale. La répudiation est commandée par les mœurs, et la loi ne fait sur ce point que consacrer l'usage. (1) Cette nécessité de la répudiation imposée par la loi tient, d'un côté, « au caractère inflexible de la vieille religion de famille qui ne comprend pas la grandeur du pardon et pour qui le premier des devoirs est la vengeance ; » (2) et, de l'autre, à l'avilissement des caractères, à la corruption des mœurs que le législateur cherchait par tous les moyens à combattre.

La femme adultère est, en second lieu, punie d'une peine pécuniaire assez sévère : elle est privée de la moitié de sa dot et du tiers de ses biens : « *Adulterii convictas mulieres... dimidia parte dotis et tertia parte bonorum.... placuit coerceri* » (Paul, Sent. II, 26, § 14). Est-il bien certain que l'adultère fût une cause de confiscation de la dot ? Ce qui donne naissance à la discussion, c'est que la loi 3, Dig. (XLVIII. 20), énumérant limitativement les lois qui prononcent la confiscation de la dot, ne parle pas de la Loi Julia : « *Quinque legibus damnata mulieris dos publicatur : majestatis, vis publicæ, parricidii, veneficii, de sicariis.* » Ce texte, qui semble contraire au principe que nous venons de poser, résulte d'une erreur d'Ulpien : après avoir annoncé cinq lois, Ulpien n'en énumère que

(1) Loi 29 princ., loi 33, § 1, Dig. H. Tit.

(2) Esmein, p. 23.

quatre, puisque la loi Cornelia est dirigée à la fois contre les meurtriers et contre les empoisonneurs (*de sicariis et veneficiis*); la cinquième loi, qu'on oublie le jurisconsulte, est précisément la Loi Julia. La loi mentionne à part la confiscation de la dot et la confiscation des autres biens: c'est que la dot a toujours été à Rome l'objet d'une sollicitude particulière; dans bien des cas l'on ne confisquait pas la dot, alors que les autres biens étaient confisqués et il fallait une disposition expresse et spéciale pour pouvoir atteindre la dot. Pourquoi donc prive-t-on la femme adultère de sa dot? C'est que la dot était un excellent moyen pour permettre à la femme de se remarier; et, la femme adultère ne pouvant pas se remarier, il était dès lors complètement inutile de lui laisser sa dot. (1)

L'actio de moribus subsiste-t-elle sous la Loi Julia? Oui; il est même probable que c'est la Loi Julia qui a fixé le taux des rétentions de dot et organisé le *judicium de moribus* contre le mari. Ce qui le prouve, c'est la loi 47, Dig. (24, 3): «*Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur: cur enim improbet maritus mores, quos ipse aut ante corruptit aut postea probavit? Si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori præbuerit audiendus est* » Au cas où le mari est coupable de *lenocinium*, il ne peut ni intenter l'accusation publique, ni exercer aucune retenue sur la dot; et cela provient *ex mente legis*, c'est-à-dire d'une seule loi qui règle en même temps la *retentio propter mores* et le *crimen*

(1) Esmein, p. 32.

adulterii. Donc, la *retentio propter mores* qui attribue au mari un sixième de la dot, continue à exister à côté de l'accusation publique, qui prive la femme de la moitié de sa dot.

Le mari avait-il le droit de cumuler les deux actions et d'agir au civil après avoir agi au criminel, ou inversement ? En droit commun, les actions civiles *pænæ persequendæ* et les *publicæ accusationes* pouvaient se cumuler. (1) Cependant, il y avait une exception : certaines actions pénales de droit civil, ayant leur base dans une atteinte directe portée à la personne, ne considéraient qu'un seul objet : la punition et la vengeance ; elles auraient fait double emploi avec l'action publique, et dès lors le cumul n'était plus possible, il fallait faire un choix. (2) En matière d'adultère, nous nous trouvons dans l'exception ; l'action civile et l'action publique tendent au même but, le mari devra choisir entre le *judicium de moribus* et l'accusation publique ; s'il intente l'une, il ne pourra plus user de l'autre. (3)

Si, après avoir répudié l'épouse coupable, le mari ne lance pas l'accusation publique et que celle-ci soit intentée par un tiers, le mari pourra-t-il encore agir *de moribus* ? Cela est certain, si la femme a été acquittée ; car le mari a le droit de reprendre l'action même au criminel. La solution est la même si la femme

(1) Loi 7, § 1, Dig., de injuriis (lib. XLVII, tit 10) ; loi 1, Code, quando civilis actio criminali præjudicet (lib. IX, tit. 31) ; loi 4, Dig., de publicis judiciis (lib. 48, tit. 1). — Gaius Comm. IV, § 112.

(2) Loi 7, § 1, Dig. (lib. XLVII, tit. 10).

(3) Loi 33, Code (IX, 9) — Code Théodosien, lib. IX, tit. 20, loi unique.

a été condamnée; mais, comme la femme a vu confisquer la moitié de sa dot, comment le mari se fera-t-il attribuer le 1/6 de la dot entière? La confiscation précédemment encourue ne lui sera pas opposable: « *et omnis omnino maritus salvas actiones contra fiscum habet.* » (1)

Comme dernières conséquences civiles, nous pouvons indiquer certaines peines accessoires, certaines déchéances: la femme adultère n'a plus le droit de se remarier et le mariage lui est désormais interdit; quiconque l'épouserait serait coupable: « *ait lex adulterii damnatum si quis duxerit ex lege teneri.* » (2) C'est s'opposer avec une impitoyable rigueur à toute réhabilitation de la femme coupable. Mais, constate M. Esmein, « cette sévérité ne procède point d'une grande idée morale: ce n'est pas une façon de dire à la femme que, pour pleurer sa faute, elle n'a pas trop de tous les jours qui lui restent à vivre; le but poursuivi est plus utilitaire et moins profond. Auguste veut relever le mariage discrédité, le rendre honoré et enviable; pour cela il en ferme l'accès à toutes celles qui ont déjà failli, dont la faute a été solennellement constatée, et qui failliraient probablement encore dans une union nouvelle. D'ailleurs ce n'est pas dans la Rome antique qu'on hésite à sacrifier l'individu, lorsque c'est la condition d'un grand bien pour la société. » (3)

Mais la jurisprudence vint au secours de la femme

(1) Loi 4, Dig. de bonis damnatorum (lib. XLVIII, tit. 20).

(2) L. 29, § 1, Dig. Hoc. Tit.

(3) Esmein, p. 28.

coupable et, à défaut du mariage, que la loi prohibait formellement, lui laissa le concubinat. La femme adultère pourra être concubine et celui qui la prendra comme telle sera exempt de toute peine: « *Qui autem damnatam adulterii in concubinato habuit, non puto Lege Julia de adulteriis teneri, quamvis, si uxorem cum duxisset, teneatur.* » (1)

Les femmes condamnées pour adultère ne peuvent témoigner en justice, (2) enfin elles ne peuvent plus revêtir la *stola*, robe des matrones, elle porteront la *toga*, robe des courtisanes, on les appelait *togatæ*.

Vis dare quæ meruit munera, mitte togam. (3)

Cette toga des courtisanes était une tunique semblable à celle des hommes, c'est-à-dire ouverte par devant et descendant seulement jusqu'à mi-cuisses ou jusqu'aux genoux : on la portait relevée sur la ceinture, pour laisser voir le pied. Au contraire, les matrones étaient vêtues d'une robe fermée depuis le haut jusqu'en bas, et d'une mante partant des épaules et ornée d'une queue traînante : la femme honnête dont la tunique n'aurait pas traîné sur les talons aurait été taxée d'impudence.

SECTION II^e. — *Le Complice.*

L'« *Adulter*, » c'est-à-dire le complice de la femme mariée, subissait la confiscation de la moitié de ses biens. Peut-être y avait-il une peine plus forte lorsque

(1) Loi 1, § 2, Dig. (XXV, 7).

(2) Lois 14 et 18, de Testibus, Dig. (XXII, 4).

(3) Martial, II, 29.

le coupable était l'affranchi du mari ou de la femme, mais nous ne savons quelle était cette peine. Le complice ne pouvait témoigner ni en justice ni dans un testament : le testament auquel il aurait participé ne serait valable ni en droit civil ni en droit prétorien et l'on ne saurait sur la foi d'un tel acte faire adition d'hérédité ou obtenir la *bonorum possessio*. (1) Il ne pouvait pas non plus être soldat. (2)

Les femmes poursuivies comme complices de l'adultère, soit comme coupables de *lenocinium*, soit pour avoir favorisé l'adultère chez autrui, doivent être punies, « *quasi adultera*, » comme la femme adultère elle-même. (3) Mais la confiscation de leur dot doit-elle être prononcée ? Cela est peu probable, la condamnation qu'elles subissent ne les empêchant pas en effet de rester mariées ou de se remarier ; dès lors on ne voit plus bien dans quel but serait prononcée la confiscation.

Pour terminer l'étude du Droit Classique relative à l'adultère, nous n'avons que quelques mots à dire sur le sort qui fut réservé, pendant le cours de cette période, aux enfants adultérins.

Le Droit Classique se renferma, vis-à-vis des « *liberi naturales* » en général, dans un silence presque absolu. On conçoit facilement dès lors qu'il se soit montré plus

(1) Lois 14 et 18 de Testibus, Dig.

(2) Loi 4, § 7, Dig. de Re militari (IL, 16).

(3) Loi 33, § 2, Dig., H. Tit. ; loi 10, § 1, Dig.

dédaigneux encore à l'égard des enfants adultérins. Le Droit Romain les range dans la classe méprisée des « *spurii* » et des « *vulgo quæsitii* » et les appelle enfants nés « *ex nefariis vel damnatis complexibus*, » « *ex damnato coïtu*. »

Le mari dont la femme s'est rendue coupable d'adultère ne peut pas, en se basant uniquement sur cet adultère, désavouer l'enfant dont sa femme est accouchée : car il n'est pas certain que l'enfant soit né de l'adultère. L'adultère seul ne fait donc pas échec au principe fondamental : « *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. » (1)

Quant aux droits de l'enfant adultérin, ils sont très-restreints et très-simples : incontestablement l'enfant peut demander des aliments à sa mère, car la maternité a toujours été certaine en Droit Romain. Peut-il pareillement exiger des aliments de son père ? Les jurisconsultes le lui permettent, mais à la condition qu'il prouve la paternité de celui à qui il adresse ses réclamations, preuve difficile à fournir et qui rend plus aléatoires et plus précaires encore le peu de droits que la loi lui accorde.

Nous verrons bientôt combien fut aggravée par la législation postérieure la condition des enfants adultérins, et à quel point le droit de Justinien se montra rigoureux à leur égard.

(4) Gaius Comm. I, § 64 ; — Ulp. Reg. Tit. V, § 7. — Instit., Tit. X, § 12, de Nuptiis (lib. I.) — Lois 19 et 23, Dig., de Statu Hominum (lib. I, tit. 5).

Troisième Période.

L'Adultère postérieurement à la Loi Julia.

En vain Auguste avait porté des lois contre l'adultère, en vain Papinien, Ulpien et Paul flétrissaient dans leurs ouvrages le vice dominant : l'adultère était florissant : « *Magna adulteria*, » dit Tacite.(1) C'était le triste résultat d'une liberté sans mœurs ; l'adultère, que la loi punissait sous certains rapports, se trouvait d'autre part favorisé, pour ainsi dire, par l'abus effréné mais légal du divorce. « La multitude des coupables, dit Sénèque, étouffe l'ignominie ; la honte de chacun disparaît dans la honte commune ; quelle femme rougirait du divorce, lorsque les femmes d'un rang illustre ne comptent plus leurs années par les consuls mais par le nombre de leurs maris ? On ne prend un mari que pour piquer un amant : la chasteté n'est plus qu'une preuve de laideur, et il faut être une femme bien repoussante pour se contenter d'une paire d'amants. » (2) Il n'y a, pour peindre un tel désordre,

(1) Tac. Hist. I, 2.

(2) Sénèque, de Benef. III, cap. 16.

que le mot énergique du poète latin : la femme qui se mariait tant de fois ne se mariait pas, elle était adultère par la loi. « *Adultera lege est.* » (1)

On appelait « *Rusticus* », c'est-à-dire homme de campagne, arriéré, celui qui voulait, par des moyens coercitifs, prévenir l'adultère ou le punir sérieusement. Le mot est dans Ovide et dans Sénèque : « *Rusticus est nimium quem lædit adultera conjux et notos mores non satis urbis habet.* » (2) C'est évidemment une expression consacrée. Tacite, de son côté, parlant d'une femme qui a des amants, dit qu'elle est de son temps, qu'elle cède aux mœurs du jour, qu'elle fait comme les autres.

M. Paul Lacombe, dans son étude sur « *la Famille dans la Société Romaine*, » explique d'une façon fort judicieuse et fort intéressante ce développement incroyable de l'adultère à Rome :

« On pourrait, dit-il, faire une supposition favorable à la moralité romaine ; on serait disposé à dire : l'adultère était sans doute chose rare : car les Romains, avec leur divorce facile, pouvaient s'en passer. Les remariages incessants leurs tenaient lieu des adultères, et il y avait au moins profit pour la franchise et la bonne foi des relations. A première vue, la supposition est plausible : par malheur, la littérature latine la contredit. Averti par elle, on réfléchit et on comprend que l'adultère ait été, quand même, assez commun.

« Il y avait d'abord des situations où l'on n'avait pas envie de divorcer : on avait fait un mariage heureux du

(1) Martial, Epigr. VI, 7.

(2) Sénèque, de Benef. I, 9, 3.

côté de la fortune, ou de la naissance, ou du rang ; bref, par un motif quelconque, l'existence dans la maison conjugale était agréable et l'on ne voulait pas y renoncer.

« D'autres fois, le divorce n'aurait servi de rien : si l'on aimait, par exemple, une personne que l'on ne pouvait pas épouser. C'était le cas de la femme de race sénatoriale qui s'était éprise d'un affranchi, le cas de toute femme éprise de son propre affranchi ou d'un esclave, ce qui n'était pas du tout rare ; le cas encore d'une femme aimant un homme marié, qui, de son côté ne voulait pas ou ne pouvait pas divorcer. En second lieu, il y avait les parents, — encore eux ! — Impossibilité légale, absolue, pour la fille de divorcer sans le consentement de son père ; impossibilité morale presque équivalente pour le fils. Mariés à contre-cœur, que faisaient-ils l'un et l'autre en attendant la mort du père ?

« La nature humaine de tous les temps nous renseigne : ils faisaient mauvais ménage. Quelques-uns, la plupart probablement, allaient demander à l'adultère la revanche et la consolation de leur libre-arbitre sacrifié. Remarquons-le, les femmes ne devaient pas même désirer le divorce et essayer de l'obtenir de leurs parents. A quoi bon ? Pour être remariés encore une fois au gré des intérêts du père, ce n'était pas la peine. Que de femmes avaient traversé trois, quatre mariages, sans que leur goût, leur inclination eussent été contents une seule fois ! Ce n'était que dans l'adultère qu'on trouvait cette satisfaction.

» Et, plus tard, quand on devenait maître de soi, une fois les parents morts, on apportait dans le mariage, librement contracté cette fois, des dispositions dangereuses.

On s'était familiarisé avec l'adultère : la conscience avait, à cet endroit-là, perdu sa sensibilité, elle ne réagissait plus. » (1)

C'est alors que la répression fût devenue de plus en plus nécessaire pour arrêter la corruption des mœurs : et, cependant la Loi Julia tomba en désuétude. Auguste, le réformateur des mœurs, et, à sa suite, Tibère, Claude, Néron, se mirent eux-mêmes au-dessus des lois. Comment, en présence de pareils exemples, les lois seraient-elles restées efficaces? *Quid leges sine moribus?*

Nous examinerons les destinées de la *Lex Julia* à trois époques successives :

1° De Tibère à Constantin ; — 2° de Constantin à Justinien ; — 3° sous la législation de Justinien.

CHAPITRE I^{er}.

LA LEX JULIA DE TIBÈRE A CONSTANTIN.

Sous Tibère, peu de changements furent apportés à la législation préexistante. Toutefois un sénatus-consulte vint défendre aux matrones de se prostituer et de se faire inscrire sur le registre des mœurs : car tel était le triste moyen couramment employé par elles pour échapper aux peines de l'adultère. (2)

(1) P. Lacombe. — La Famille dans la Société Romaine, p. 225 et suiv.

(2) Loi 10, § 2, Dig., H., Tit. — Tacite, Annales, II, 85.

Un autre sénatus-consulte règle une hypothèse particulière et assez bizarre : il suppose qu'un mari, dans le but de déshonorer sa femme, lui suscite un amant, afin de les surprendre ensemble. Régulièrement, la femme pouvait opposer à la plainte du mari la *præscriptio lenocinii*, et le mari ne pouvait pas être poursuivi comme *leno*, puisqu'il n'avait pas reçu d'argent et qu'il était prêt à répudier la coupable. Le sénatus-consulte rendu sous Tibère décida que le mari et la femme seraient l'un et l'autre coupables d'adultère : « *Si vir infamandæ uxoris suæ causa adulterum subjecerit ut ipse deprehenderit, et vir et mulier adulterii crimine tenentur, ex senatus-consulto de cæ re facto.* » (1)

Enfin Tibère rendit à la juridiction domestique sa compétence pour le cas où une accusation publique n'aurait pas traduit les adultères devant la Justice.

Sous Claude, le sénatus-consulte Claudien décida que la femme libre qui entretiendrait des relations avec l'esclave d'autrui et persisterait dans sa faute, notwithstanding trois sommations à elle faites, perdrait, au profit du propriétaire de l'esclave, sa liberté et ses biens. C'est dans ce même temps que Messaline, femme de Claude, en vint à vouloir légitimer l'adultère ; si l'on en croit Tacite, elle aurait épousé, suivant les formes ordinaires, un de ses amants, Silius. Leur union aurait été annoncée d'avance, consignée dans des actes authentiques, consacrée par les prêtres et les augures, par les cérémonies religieuses et par un sacrifice et un banquet

(1) Loi 14, § 1., Dig., H. Tit.

solennels ; Claude, qu'effrayaient des prodiges qui menaçaient, disait-on, l'époux de Messaline, aurait signé lui-même au contrat afin de détourner de sa tête les malheurs annoncés.

Néron tua de sa propre main Octavie, en prétendant agir *jure viri*.

Domitien réveilla la Loi Julia et aggrava, à l'égard des femmes, la peine civile. Tranquillus, en effet, rapporte qu'il dépouilla les matrones coupables du droit de recueillir les legs et les hérédités.

Septime Sévère eut aussi pendant quelque temps des vellétés réformatrices, et, dit Dion Cassius, « à la suite de cette loi, les accusations devinrent très nombreuses. Etant consul, j'en trouvai trois mille inscrites au tableau des affaires criminelles. Mais comme très peu aboutissaient, l'empereur lui-même cessa de s'en préoccuper. »

Des rescrits d'Antonin-le-Pieux, de Marc-Aurèle et de Commode accordèrent au mari qui, malgré la prohibition de la Loi Julia, avait tué sa femme surprise en flagrant délit, un adoucissement de peine ; (1) un texte même semblerait lui accorder l'impunité complète : « *si tamen maritus in adulterio deprehensam occidat... ignoscitur ei* » (2). Il faut entendre ici par le mot « *ignoscitur* » une simple mitigation de la peine. C'étaient les travaux forcés à perpétuité, si le mari était de condition vile, ou la rélégalion dans un île, s'il était

(1) Loi 38, § 8., Dig. H. T.

(2) Loi 3 § 3. Dig. De senatus-consulto Silaniano et Claudiano (liv. XXIX, tit. 5). Pauli Sent. lib II, tit. 26, § 5.

de condition noble. Quant au droit que la Lex Julia reconnaissait au père de tuer sa fille qu'il surprenait en flagrant délit d'adultère, il tendit de plus en plus à disparaître et cessa tout-à-fait le jour où le père n'eut plus sur ses enfants le droit de vie et de mort.

Caracalla punit de mort les adultères et fit enterrer vives quatre vestales qu'il prétendit avoir violé leur vœu, mais ce ne fut dans sa vie qu'une sévérité passagère et qui n'est pas sans contraster fortement avec ses mœurs privées.

Enfin Ulpien rapporte que, lorsqu'un mari poursuit sa femme, le juge doit rechercher si le mari n'a pas lui-même commis de *stuprum* et, au cas d'affirmative, le punir. (1) On avait donc fini par admettre que le mari infidèle pouvait être puni, mais c'était seulement sur la plainte de sa femme et lorsqu'il la poursuivait lui-même pour adultère.

CHAPITRE II.

La Lex Julia de Constantin à Justinien.

Le Christianisme, qui voulait reconstituer solidement la famille et la société, consacra et protégea d'une façon

(1) Loi 13, § 5. Dig. H. T.

toute particulière le mariage, et considéra la violation de la foi conjugale comme un des crimes les plus odieux et les plus répréhensibles ; aussi se montra-t-il pour l'adultère d'une sévérité implacable. La peine de mort, qui jusqu'alors n'avait été appliquée que d'une façon exceptionnelle et presque ajoutée à la loi, devint le châtiment normal et habituel. « *Sacrilegos autem nuptiarum gladio puniri oportet.* » (1) Le pardon n'était pas plus possible qu'autrefois et la loi punissait de la mort non seulement ceux qui sciemment épouseraient une femme condamnée pour adultère et sauvée de la mort d'une manière quelconque mais encore le mari qui la reprendrait. (2) Avant toute poursuite le mari reste, conformément à la règle ancienne, obligé de répudier sa femme.

Nous avons vu que, sous la Loi Julia, l'adultère n'existait pas pour les maîtresses d'auberges, assimilées sous ce rapport aux prostituées. Constantin, pour réhabiliter la profession de sa mère, qui était cabaretière, laissa subsister ce principe en ce qui concerne les servantes d'auberges, mais il décida que les maîtresses d'auberges seraient traitées comme les matrones et ne subiraient pas le déshonneur d'être exclues de l'accusation. (3)

Malgré les idées de justice et d'égalité qui auraient dû animer le réformateur chrétien, la différence traditionnelle entre le mari et la femme fut maintenue et le mari adultère resta impuni.

(1) Loi 30, § 1, Code (IX, 9).

(2) Loi 9, Code (IX, 9).

(3) Loi 29, Code (IX, 9).

Les fils de Constantin se montrèrent plus sévères encore que leur père : ils assimilèrent l'adultère au sacrilège et au parricide : les coupables doivent être mis dans un sac et brûlés vifs, « *tanquam manifestos parricidos sacrilegos nuptiarum insuere culeo viros, vel exsurrere judicantem oporteat.* »

Au point de vue civil la loi ancienne avait aussi subi de graves modifications. En l'an 449, une Constitution de Théodose et Valentinien avait organisé un système un peu nouveau. L'adultère donnait au mari le droit de répudier sa femme, il pouvait alors garder la donation *propter nuptias* et gagner la dot entière. (1) Quant à la femme, par une juste réciprocité, l'adultère de son mari lui permettait de demander le divorce et de réclamer sa dot avec la donation *propter nuptias* en entier. (2)

Dès lors, il ne saurait plus être question de *retentio propter mores* : le mari n'avait qu'à garder ce qu'il détenait entre ses mains ; la femme pour se faire rendre sa dot usait des actions ordinaires, et, pour se faire délivrer la donation *propter nuptias*, elle avait déjà la revendication. (3) Aussi l'action de *moribus* disparut-elle en l'an 528 et les *retentiones* en l'an 530.



(1) Loi 8, § 5, Code, de Repudiis, (lib. V, tit. 17).

(2) Loi 8, §§ 2 et 4, Code, de Repudiis.

(3) Loi 8, § 4, de Repudiis.

CHAPITRE III^e

L'ADULTÈRE SOUS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN.

2 Sections : 1^o Conséquences Pénales ; 2^o Conséquences civiles.

1^{re} SECTION. — *Conséquences pénales d'après la législation de Justinien.*

Ce sont les Nouvelles 117 et 134 qui renferment les modifications apportées par Justinien à la législation sur l'adultère.

Le mari, comme aux premiers temps du Droit Romain, reste encore impuni. Nous verrons cependant qu'on commence à ne plus considérer comme un droit son infidélité et qu'on tirera de ce nouveau principe quelques conséquences au point de vue civil.

La femme n'est plus, pour son adultère, condamnée à mort. La peine est le fouet et la réclusion dans un monastère : « *Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterium mitti.* » (1) Une fois fustigée, la femme est enfermée dans un monastère.

(1) Nouvelle 134, cap. X.

Pendant deux ans, le mari a le droit de la reprendre et de lui pardonner ; passé ce délai, la femme est rasée, voilée et recluse à perpétuité : « *tonderi eam et monachicum habitum accipere et habitare in ipso monasterio in omni propriæ vitæ tempore.* » (1) Le mari pourrait encore, s'il le voulait, fustiger lui-même sa femme, qu'il l'ait ou non surprise en flagrant délit : « *si quis uxorem suam castigaverit.* (2) » Le complice est puni de mort, et la même peine s'applique à tous ceux qui, de près ou de loin, ont aidé ou participé à l'adultère commis.

Le *jus occidendi* du mari est en même temps très aggravé par rapport au complice. Si le mari soupçonne quelqu'un de vouloir séduire sa femme, il n'a qu'à lui faire trois avertissements par écrit et à faire constater ces avertissements par trois hommes dignes de foi ; après quoi, si ce complice présumé est surpris avec cette femme dans la maison, soit du mari, soit de la femme, soit du complice lui-même, ou dans les tavernes et les faubourgs, il peut être légitimement tué par le mari ; s'il est trouvé dans tout autre endroit, le mari n'a qu'à faire constater le fait par trois témoins et à livrer le coupable au juge : celui-ci appliquera les peines de l'adultère. (3) Notons cette particularité de l'époque que la loi prévoit particulièrement le cas de rendez-vous dans les églises, « *in venerandis locis.* »

(1) Nouvelle 134, cap. X.

(2) Nouvelle 117, cap. XIV.

(3) Nov. 117, cap. XIV, princip. Nov. 134, Cap. XII.

SECTION II°. — *Conséquences civiles de l'Adultere
sous Justinien.*

La femme adultère ne peut pas épouser son complice ni rien recueillir de la succession de celui-ci. Quant à elle, une fois définitivement cloîtrée, elle perd tous ses biens. Le mari gagne les *lucra nuptialia* soit en pleine propriété, soit, s'il y a des enfants, en usufruit seulement. Ses autres biens, si elle laisse des descendants, sont partagés et attribués pour les $\frac{2}{3}$ aux enfants et pour $\frac{1}{3}$ au couvent; s'il n'y a que des ascendants, ils prennent les $\frac{4}{12}$; si enfin il n'y a ni descendants ni ascendants, la totalité revient au monastère. (1) Le mari peut, après l'internement définitif de sa femme, contracter une nouvelle union; il est même vraisemblable qu'aussitôt après la condamnation il pourra lui envoyer le *repudium* et contracter aussitôt un nouveau mariage. (2).

Quant aux biens du complice, voici quel est leur sort : si le complice est marié, sa femme reprendra sa dot et les donations *propter nuptias*, ou, s'il n'y a pas eu de contrats dotaux, le $\frac{1}{4}$ de la fortune de l'époux infidèle; ses autres biens reviendront, soit aux descendants et ascendants jusqu'au 3° degré, soit, à défaut de ceux-ci, au fisc. (3)

(1) Nov. 134, cap. X.

(2) Nov. 147, cap. VIII, § 2.

(3) Nov. 134, cap. X.

La loi se décide à sévir aussi contre l'adultère du mari : si le mari a entretenu une concubine dans la maison conjugale ou dans la ville où se trouve la maison conjugale, et qu'il ait été trois fois averti par les parents de sa femme, la femme peut légitimement divorcer. Elle garde alors la donation *propter nuptias*, et prend sur les autres biens une valeur égale à cette donation. (1) Il en sera de même au cas où la poursuite du mari contre sa femme qu'il accuse d'adultère aurait échoué. (2)

Les enfants nés « *ex nefariis vel incestis vel damnatis complexibus* » avaient sous Constantin — en même temps que tous les enfants naturels — perdu la capacité de recevoir de leur père aucune espèce de libéralité : ils ne devaient jamais la recouvrer, et leur sort, au contraire, allait s'aggraver de plus en plus.

En l'an 396, intervient une Constitution des empereurs Honorius et Arcadius, (3) qui frappe avec une sévérité inouïe les enfants nés « *ex damnato coïtu* ». Non seulement elle prohibe la légitimation des enfants adultérins par mariage subséquent — puisqu'il faut pour que la légitimation soit possible qu'au jour de la conception aucun obstacle légal ne s'oppose au mariage des père et mère, — non seulement elle confirme la solution admise par Constantin relativement aux rapports entre l'enfant adultérin et son père, mais encore elle place l'enfant dans une situation terriblement dure au respect même de sa mère. Elle lui défend, en effet, de rien recevoir de ses

(1) Nov. 117, cap. IX, § 5.

(2) Nov. 117, cap. IX, § 4.

(3) Loi 6, Code, de Incest, Nupt. (V, 5).

père et mère et de leurs ascendants paternels et maternels soit par donation entre-vifs, soit par testament, directement ou indirectement, et de se présenter ab intestat pour demander au préteur l'envoi en possession des biens au rang des cognats. Enfin elle supprime vis-à-vis de l'enfant adultérin toute espèce d'obligation d'aliments, non seulement de la part de son père, mais encore — et c'est là l'innovation cruelle de la loi — de la part de sa mère.

Par réciprocité, sont interdites aux enfants adultérins et, au besoin, frappées de nullité toutes libéralités testamentaires ou entre-vifs en faveur de leurs ascendants ; et ceux-ci ne peuvent ni recueillir leur succession ni leur réclamer des aliments.

Il y avait là un excès de rigueur : Justinien néanmoins l'approuva en termes précis et même l'exagéra. A ses yeux, les enfants adultérins sont des objets de honte et d'ignominie, pour lesquels ne doit exister aucun lien de filiation et de parenté, et auxquels il va jusqu'à refuser le nom d'enfants naturels : *nec naturalis nominatur*. « Ces enfants, dit-il, ne doivent même pas porter le nom d'enfants naturels ; ils n'ont droit à aucune pitié ; l'union de leurs parents n'est qu'un accouplement détestable et ne peut même pas leur donner la faculté de demander des aliments. » (1)

A la vérité, ces rigueurs inhumaines furent dans la suite tempérées par les interprètes et par le Droit Canon : on autorisa l'enfant à réclamer des aliments, et le père put lui en laisser par testament et même doter sa fille ; mais la loi priva toujours l'enfant adultérin de tous droits de successibilité.

(1) Nov. 89, cap. XV et Nov. 74, cap. VI.

Depuis Justinien on trouve encore relativement à l'adultère une Constitution de Léon le Philosophe (1). La peine du complice est l'homicide, mais, ajoute Léon avec une exquise bonté, comme la peine a été autrefois plus douce, on est presque entraîné à la douceur et on se contentera de lui couper le nez « *adulteris verberatis et tonsis nares abscinduntur. Internuncii vero et impii hujus sceleris administri verberati et tonsi in perpetuum relegentur.* » (2) La femme adultère sera enfermée dans un monastère et sera incapable de se remarier ; sa dot ira au mari, ses autres biens seront partagés entre le monastère d'une part et d'autre part ses descendants, ascendants ou collatéraux ; si enfin elle meurt sans avoir pris le voile et en conservant la faculté de tester, ses biens extra-dotaux seront dévolus suivant la volonté manifestée par son testament.

Ainsi se trouve terminée l'étude si intéressante et si variée de la législation romaine relative à l'adultère. A côté d'erreurs incontestables dues à une conception parfois étroite et aveugle des droits et des devoirs de chacun, le Droit Romain a, en cette matière difficile, le mérite d'avoir formulé des principes justes et féconds qui n'auront qu'à se développer sous l'influence bienfaisante de la civilisation et du christianisme, et dont nous retrouverons dans notre ancien droit et dans le droit moderne, des applications certaines et souvent heureuses.



(1) Imp. Leonis Constit. 32.

(2) Basiliques, liv. LX, tit. XXXVII, § 72.

ANCIEN DROIT

Nous avons maintenant à examiner les législations successives, qui, même avant l'introduction du Droit Romain, ont régi notre sol gaulois.

Pour échapper à des redites et à des longueurs, et obtenir autant que possible une vue d'ensemble sur la matière qui nous occupe, nous éviterons de suivre pas à pas le développement intime de notre vieille jurisprudence, et, dressant un plan large et facile à remplir, nous diviserons l'étude de l'Ancien Droit en 4 périodes :

I^{re} Période. — Les Lois barbares.

II^e Période. — Les Capitulaires et le Droit Canonique.

III^e Période. — Les Coutumes.

IV^e Période. — Le Droit Intermédiaire.



I^{re} Période.

Lois barbares.

Nous ne connaissons que par les Commentaires de César les mœurs des premiers Gaulois, et encore les renseignements qu'il nous donne sont-ils souvent fort incomplets. Sur l'adultère, le conquérant et historien des Gaulois est muet. Si l'on tient compte du pouvoir absolu du mari et de la situation incontestablement inférieure de la femme, on comprend que l'adultère dut être très sévèrement puni. Quand un Gaulois des bords du Rhin soupçonnait sa femme d'infidélité, il la contraignait à jeter dans le fleuve l'enfant qu'elle avait mis au monde ; si l'enfant restait au fond de l'eau, la femme était livrée à la mort ; s'il surnageait, la femme était reconnue innocente.

Chez les Germains, on trouve, comme à Rome, le tribunal de famille chargé d'appliquer un châtimant à la coupable : « Les femmes Germanes, dit Tacite, vivent sous la garde de la chasteté, loin des spectacles qui corrompent les mœurs, loin des festins qui allument les passions ; hommes et femmes ignorent également les mystérieuses correspondances. Très peu d'adultères se

commettent dans une nation si nombreuse, et le châtiment, qui suit de très près la faute, est abandonné au mari. On rase la coupable, on la dépouille, et en présence de ses parents le mari la chasse de la maison et la poursuit à coups de verge par toute la bourgade. » (1) Saint Boniface, au ^{viii}^e siècle, confirme ce récit dans une de ses lettres : « Chez les anciens Saxons, dit-il, on forçait la coupable à se suspendre au gibet ; et, sur le bûcher où l'on brûlait son corps, on suspendait son complice ; ou bien les femmes assemblées la poursuivaient de village en village, en lui déchirant ses vêtements, en la frappant à coups de verge ou même à coup de couteau. » (2) Le système des compensations étant admis chez les Germains en matière pénale, il est fort à présumer qu'il fut appliqué à l'adultère.

Lorsque la Gaule eut été conquise par les Romains, les mœurs gauloises tendirent à se modifier, à se civiliser et à se fondre avec les mœurs des vainqueurs. Puis, à la chute de l'empire d'Occident (476), les Barbares se précipitent à leur tour sur la Gaule dont ils s'emparent et où ils s'installent en maîtres. Mais le système de la personnalité des lois triomphe, et chaque nation, vainqueurs comme vaincus, reste fidèle à son ancienne loi ; et l'application de ce principe de la personnalité des lois est poussée si loin que nous allons retrouver chez chaque peuple deux législations en présence : la législation romaine et la législation barbare.

(1) Tacite, Annales, XIX, traduction Burnouf.

(2) Lettre 19, V. — Epistolæ S. Bonifacii. — Coulon. Le divorce et la séparation de corps, tome I, p. 114.

§ 1^{er}. — *Loi des Burgondes.*

I. — *Lex Romana Burgundorum.* — Au titre XXV, « *de adulteriis* », il n'existe qu'une seule loi, qui vise le *jus occidendi*. Si le mari trouve sa femme et le complice commettant un flagrant délit d'adultère, « *ita ut unum sint et sese commisceant*, » il a le droit de les tuer tous les deux : « *utrumque uno ictu punire.* » Si le mari n'en tue qu'un seul, il doit en payer le *vergeld*.

L'adultère de la femme est une juste cause de divorce : le mari peut répudier sa femme et la remettre entre les mains de la justice, qu'il y ait ou non flagrant délit. La répudiation entraîne alors révocation des donations matrimoniales. L'adultère du mari ne donne pas à la femme le même droit.

II. — *Loi barbare des Burgondes.* — Elle s'occupe peu de l'adultère (1). Au cas de flagrant délit, le mari a le droit de tuer la femme coupable et son complice ; s'il n'en tue qu'un seul, il en devra le *vergeld*. Hors le cas de flagrant délit, la loi est muette sur l'adultère : cependant, nous dit un texte, (2) « si une femme a quitté le mari auquel elle est légitimement unie, qu'elle soit noyée dans la boue. » La peine on le voit devait être très sévère, et c'était probablement la peine de mort.

§ 2. — *Loi des Wisigoths.*

I. — *Lex Romana Wisigothorum.* — On y trouve la législation romaine à peu près telle qu'elle existait au temps des empereurs. Ainsi les servantes d'auberges ne

(1) Titre XXXIII, c. 1, 2.

(2) De Divortiis, titre 34.

peuvent être accusées d'adultère, ainsi le mariage d'un juif avec une chrétienne ou d'un chrétien avec une juive est assimilé à l'adultère. (1) Le mari a le droit de tuer sa femme et le complice, s'il les surprend en flagrant délit ; s'il n'use pas de son *jus occidendi*, il doit la répudier sous peine de *lenocinium*. Quant à la peine proprement dite, c'était sans doute la peine de mort, étant donnée la sévérité dont cette loi fait preuve à l'égard des attentats aux mœurs, mais la loi se tait sur ce point et ne parle que de certains crimes voisins plus graves encore.

La femme adultère perdait sa dot ; nous voyons en effet, à notre titre, que le mari, dans un but de rapidité et de prompt jugement, ne peut réclamer la dot pendant le cours de l'instance criminelle, mais il peut après le jugement criminel intenter l'instance civile : « *civilis actio criminali jure postponatur, idem tamen quum competere cœperit, habitura momenti.* » (2).

II. — *Loi barbare des Wisigoths.* — Cette loi se montre particulièrement dure pour toutes les fautes contre les mœurs. L'adultère peut être accompli, non seulement par la femme, mais encore par la veuve et par la fiancée.

En ce qui concerne le véritable adultère, c'est-à-dire l'adultère de la femme mariée, la peine est à la fois personnelle et pécuniaire. Les peines personnelles sont de différente nature, suivant la qualité des coupables. Lorsqu'une femme entretient avec son esclave ou son

(1) Codic. Theodos, lib. IX, tit. 4, lois 1 et 4.

(2) Cod. Theod. lib IX, tit. 4, loi 6 ; — et loi 3, Rex Romapa Wisigothorum,

affranchi un commerce illicite, les deux coupables doivent être battus de verges et brûlés vifs : « *ignibus concrementur*. » On trouve encore la mutilation, la décalvation, qui consistait probablement à raser la tête d'une personne et à la rendre chauve — car on pouvait être décalvé plusieurs fois, — et qui frappait d'infamie.

En outre, la loi prononçait dans certains cas la peine de l'esclavage : l'entremetteur et celui qui s'était servi de son aide devenaient la propriété de celui dont la fille ou la femme avait été tentée par eux ; la complice du mari adultère était donnée à la femme trompée, pour que celle-ci puisse satisfaire sa juste vengeance. Au cas de flagrant délit, le mari a le droit de tuer *l'adulter* et *l'adultera*. Le même droit est accordé au père dans sa maison ; après la mort du père, aux frères et oncles paternels. (1) Si le flagrant délit a été constaté par des esclaves, le *jus occidendi* n'existe plus, mais les esclaves pourront maintenir les coupables sous bonne garde et les amener devant le juge pour qu'ils soient condamnés.

Par rapport aux biens, la loi prononce une véritable confiscation : si une femme mariée fait entrer dans la famille des enfants adultérins et qu'elle n'ait pas d'enfants légitimes, la fortune tout entière est donnée au mari, à la condition expresse qu'il se sépare de sa femme, sinon elle reviendrait aux parents de la femme. Si la femme a des enfants légitimes, sa fortune sera partagée entre eux, et la femme prendra elle-même une part virile dont le mari aura l'usufruit, pourvu encore

(1) Lois 4 et 5, liv. III, tit. 4.

qu'il répudie immédiatement sa femme ; sinon la part de la femme irait grossir le lot des enfants légitimes.

§ 3. — *Loi Salique* (barbare.)

Cette loi — exclusivement barbare — emploie le système des amendes criminelles et des compensations pécuniaires pour punir une foule de crimes : la bigamie, le rapt, le viol, la fornication. Mais l'adultère est laissé de côté. La loi n'en parle que dans un seul texte : (1) « *Si quis uxorem alienam a vivo marito tulerit, octo mille denariis, qui faciunt solidos ducentos, culpabilis judicetur.* »

Le wergeld sera de 200 sous. Ce texte s'applique-t-il bien à l'adultère ? Ne prévoit-t-il pas plutôt le rapt ou la bigamie ? La réponse ne saurait être bien certaine et bien affirmative. Quoiqu'il en soit, s'il visel'adultère, il ne s'occupe que du complice, du ravisseur : « *Si quis tulerit ;* » la peine reste donc à peu près inconnue. Il est probable qu'elle consistait dans le libre exercice du droit de vengeance et aussi dans un rachat pécuniaire, ce qui cadrerait bien avec les usages et les mœurs du peuple Franc.

Pour connaître à quoi correspond cette peine, et en apprécier la sévérité, il est nécessaire d'indiquer la valeur de la monnaie qui était alors en cours. Nous trouvons, dans le texte qui vient d'être cité, deux sortes de monnaies : le sou et le denier ; telle est du reste la

(1) Titre XV. — Pardessus. *Loi Salique*, p. 10.

division qui est à peu près toujours employée par les rédacteurs de la Loi Salique. Le sou d'or vaut quarante deniers : « *octo mille denariis qui faciunt solidos ducentos.* » D'après les recherches minutieuses faites par les numismates, la valeur intrinsèque du sou d'or serait aujourd'hui de 11 fr. 85, celle du denier d'environ 29 centimes. Mais depuis cette époque la valeur de la monnaie a considérablement varié, et sa puissance d'achat serait, paraît-il, aujourd'hui 8 fois moins grande. Le sou d'alors aurait donc une puissance de 11 fr. 85 multiplié par 8, c'est-à-dire de 94 fr. 80 d'aujourd'hui. Du reste nous trouvons dans la loi des Francs Ripuaires, une indication intéressante sur la puissance d'acquisition du sou : un bœuf vaut deux sous, une vache un, un cheval six, une jument trois. (1)

Il en résulte que les indemnités pécuniaires établies par les lois franques — et notamment celle qui frappe les adultères — atteignaient parfois un taux fort élevé et pouvaient constituer un mode de répression très sérieux.

§ 4. — *Loi barbare des Ripuaires.*

La loi parle uniquement du rapt de la femme mariée, qu'elle punit d'une amende de 200 sous, (2) et reste muette sur l'adultère. Un seul texte nous révèle que le meurtre n'était permis, même au cas de flagrant délit,

(1) Revue numismatique, t. I^{er}, p. 242 et 811, t. II p. 28 et 193, t. III, p. 275 et 169.

(2) Titre XXXV, loi 1.

qu'exceptionnellement, dans une hypothèse où l'on peut voir une sorte de légitime défense : « si le mari a surpris le coupable, qu'il ait voulu le lier, qu'il n'ait pu y arriver, et qu'en luttant avec lui il l'ait tué, il doit devant témoins élever le corps sur une claie au milieu d'un carrefour et le garder de 12 à 40 nuits ; ensuite, il doit affirmer devant le juge qu'il a tué cet homme à son corps défendant ; sinon il pourra être accusé d'homicide. » (1)



(1) Titre LXXXVII.

2^e Période.

Les Capitulaires et la Législation Canonique.

Les Rois de la première race ont à peine effleuré, dans leurs Capitulaires, cette grave matière de l'adultère. Cependant une loi de Dagobert, appelée Loi des Bavarois ou Troisième Capitulaire et portée en l'an 630, décide (tit. 7) : « si quelqu'un couche avec la femme libre d'un » autre homme, qu'il arrange cette affaire avec le mari, » et qu'il lui paie 160 écus (art. 1^{er}). — S'il est tué dans » le lit pendant qu'il est avec elle, qu'au lieu de l'arran- » gement qu'il devait payer au mari, sa mort reste sans » vengeance (art. 2). — S'il n'a mis qu'un pied dans le » lit, que la femme l'ait repoussé et qu'il n'ait rien fait » de plus, qu'il arrange cette affaire pour 12 écus, puis- » qu'il a foulé sans droit une couche nuptiale qui n'est » pas la sienne (art. 4). » La peine consistait dans une composition de 160 écus lorsqu'il s'agissait d'une femme libre, de 20 écus, payables au maître, si la femme était une esclave. Le *jus occidendi* est conservé au mari ; mais, si celui-ci en use, il perd le *wergeld*.

Les lois émanant des princes de la seconde race sont plus nombreuses. Un Capitulaire de Pépin interdit pour jamais le mariage au beau-frère et à la belle-sœur qui ont commis adultère ensemble.

Quant au mari, il peut, s'il le veut, prendre une autre femme.

Un autre Capitulaire, probablement du même roi, défend aux serviteurs de la maison royale de donner asile dans le palais aux criminels et particulièrement aux adultères. La sanction à cette prohibition est, pour un homme libre, de porter son protégé sur son dos jusqu'au marché ; pour l'esclave, on ajoute le fouet (1).

Charlemagne (en l'an 806) remet en vigueur la loi des Bavaois et prononce contre les adultères la peine capitale : « *Sub pœna capitali adulteria in regno nostro a quibuscumque fieri prohibemus.* » (2) » Cette peine n'a pas dû être bien longtemps appliquée : car, dans un autre Capitulaire, Charlemagne se rallie à la législation canonique que nous allons maintenant étudier.

En droit canon, l'adultère peut être défini : la conjonction illicite d'une femme mariée avec un autre homme que son mari, ou d'un homme marié avec une autre femme que la sienne. Suivant en cela la saine morale de l'Evangile, le droit canon proclame l'égalité des sexes : « *utroque sexu adulterium pari ratione punitur.* » (3) C'est ce que Saint Paul exprimait d'une façon saisissante : « *mulier sui corporis non habet potestatem, sed*

(1) Baluze, Capitulaire de Ministerialibus Palatinis.

(2) Baluze, livre V, cap. 325.

(3) Corpus juris canonici, caus. 32, quæst. 5.

vir; similiter autem et vir sui corporis non habet potestatem, sed mulier. » (1) Les époux ont des droits égaux et des devoirs égaux ; et l'adultère du mari devrait même être puni plus sévèrement, « *cum tanto gravius eos puniri oportet, quanto magis eos pertinet et virtute vincere et exemplo regere feminas* » (2).

Les Pères de l'Eglise, et notamment Lactance et saint Jérôme, affirment le principe avec la plus grande netteté.

Aussi de nos jours l'Eglise s'enorgueillit-elle d'avoir la première enseigné cette vérité. Lisez plutôt l'encyclique de Léon XIII, en date du 10 février 1880 : *Simili modo jus matrimonii æquabile inter omnes atque unum omnibus est constitutum vetere inter servos et ingenuos sublato discrimine, cæquata viri et uxoris jura, etenim, ut aiebat Hieronymus, apud nos quod non licet feminis æque non licet viris, et eadem servitus pari conditione censetur, atque illa eadem jura ob remunerationem benevolentiae et vicissitudinem officiorum stabiliter firmata.* »

Au point de vue pénal, quel était le châtiment de l'adultère ? La Loi Mosaique avait décrété la peine de mort par lapidation. Jésus-Christ, pénétré d'une compassion toute divine pour les misères humaines, disait aux accusateurs de la femme adultère : « que celui d'entre vous qui est sans péché lui jette la première pierre. » — « L'époux, ajoute-t-il, pourra chasser l'épouse pour cause d'adultère ; mais, s'il la chasse, qu'il ne la pour-

(1) Saint Paul, ad Corinth. I, chap. 7.

(2) Corpus juri canonici, tome I, p. 384.

suive pas de sa haine ou de sa fureur, qu'il lui dise : « Va-t-en et ne pèche plus à l'avenir. » (1)

La loi canonique ne prononce pas de peines corporelles mais seulement des peines religieuses, et elle établit des distinctions entre les laïques et les clercs. Pour les laïques, la peine consiste dans l'excommunication. Le mari encourt une excommunication de trois ans. La femme, dont la faute est restée secrète, est soumise à un jeûne de sept ans, dont trois ans au moins au pain et à l'eau. Lorsque sa faute est notoire, elle doit en faire publiquement pénitence. Elle est de plus enfermée dans un monastère ; si le mari ne veut pas lui pardonner et la reprendre, elle y passera le reste de ses jours ; mais le mari est toujours maître de pardonner, et il n'existe pas, comme en Droit Romain, un délai fatal de deux ans. La peine n'est pas la même lorsqu'il s'agit d'un clerc. « Si, dit l'abbé Migne, (2) le clerc est seulement accusé d'adultère, il doit se purger de l'aveu de la confession de la femme adultère avec cinq prêtres voisins qui prêteront serment. » Mais s'il ne peut se justifier et qu'il soit convaincu d'adultère, il sera dépossédé de ses offices et bénéfices, privé de la société des fidèles et des sacrements et enfermé à perpétuité dans un monastère : « *Si quis clericus adulterasse aut confessus aut convictus fuerit, depositus ab officio, communione incesso, in monasterio toto vitæ suæ tempore detrudatur.* » L'évêque, dit encore l'abbé Migne, pourra, dans l'adultère, dispenser les clercs après qu'ils auront fait pénitence ; cependant

(1) Saint Jean, VIII, 11.

(2) Abbé Migne. — Encyclopédie Théologique. — Tome IX, v. Adultère.

tous ceux qui auront été justement déposés ne pourront être pourvus, même après leur pénitence, d'une cure séculière. Si l'on découvre qu'un évêque, un prêtre ou un diacre ait commis adultère depuis son ordination, dit le Concile d'Ancyre, en 314, il ne recevra pas la communion, même à la mort, tant pour le crime que pour le scandale.

Un Capitulaire de Lothaire, prévoyant le cas d'adultère, d'une religieuse, adjuge ses biens au fisc et sa personne à l'évêque qui la placera dans un monastère où elle fera pénitence. (1)

Le mari outragé est tenu, comme dans l'antique Droit Romain, de montrer vis à vis de l'épouse coupable une certaine rigueur : s'il la conserve près de lui, il doit être soumis à une pénitence de trois ans, les ordres sacrés lui sont interdits pour l'avenir et toutes relations entre les époux sont formellement défendues.

Celui qui épouse une femme adultère doit faire une pénitence de deux ans. Si c'est le complice lui-même qui épouse la femme avec laquelle il a commis l'adultère, l'un et l'autre doivent être soumis à une pénitence publique ; cette pénitence, généralement temporaire, peut être parfois perpétuelle et astreindre les deux coupables au célibat perpétuel.

Le droit canonique avait établi le droit d'asile pour les adultères : un adultère réfugié dans une église ou dans la maison d'un évêque ne pouvait en être arraché de force, ni être remis entre les mains d'une personne qui n'avait pas juré sur les Evangiles que le coupable ne

(1) Baluze, tit. III. cap. 6.

serait puni ni de mort, ni de mutilation de membres, ni d'aucunes peines afflictives.

Au point de vue civil les conséquences de l'adultère sont très graves. Il en est de certaines : l'époux adultère ne peut plus demander à l'autre l'accomplissement du devoir conjugal : « *adulter conjux privatur jure petendi debitum conjugale.* » C'est de plus une cause suffisante de séparation de corps. En outre, l'adultère causait la perte de la dot : « *uxor propter adulterium amittit dotem.* » La loi n'apporte d'exception qu'au cas où le mari aurait été la cause de l'adultère en chassant sa femme de la maison conjugale ou en la traitant si cruellement qu'elle a dû s'enfuir. Enfin les adultères sont frappés d'infamie.

A côté de ces conséquences certaines, il en est deux autres qui sont très discutées ; l'adultère est-il une juste cause de divorce ? est-il un obstacle à un mariage postérieur ?

Et d'abord l'adultère est-il une juste cause de divorce ? La loi de Moïse permettait le divorce d'une manière très large pour les hommes. Elle déclare en propres termes, dit M. Glasson, que, si le mari ne découvre pas dans la personne de sa femme les qualités auxquelles il s'attendait, il a le droit de lui envoyer une lettre de divorce et de la mettre hors de la maison. Le divorce n'est plus seulement un droit, mais un devoir pour le mari — et la justice doit le prononcer même contre le gré des époux — lorsque la femme s'est rendue coupable d'adultère. Son mari ne doit point continuer à vivre avec elle et le mariage lui est interdit avec son complice. (1) L'Eglise

(1) Grande Encyclopédie. — V° Divorce (t. XIV, p. 754).

eut pendant longtemps à lutter contre les législations qui permettaient le divorce, et ce n'est qu'au Concile de Trente (1541-1563) que l'indissolubilité du mariage fut posée comme un principe immuable et indestructible. La controverse existait de toutes parts : saint Mathieu paraît admettre le divorce pour cause d'adultère : « Celui, dit Jésus-Christ, qui a chassé son épouse, *« nisi ob fornicationem, »* si ce n'est pour adultère, est adultère, *« mœchatur, »* et, celui qui a pris la femme répudiée est adultère. Et ailleurs : *« quicumque dimiserit uxorem suam det ei libellum repudiî ; ego autem dico vobis quia omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœchari, et qui dimisam duxerit mœchatur. »* (1)

Au contraire saint Marc condamnait toute espèce de divorce même basé sur l'adultère. « Quiconque répudiera sa femme et en épousera une autre commettra un adultère sur elle, et, si la femme a répudié son mari et s'est mariée à un autre, elle est adultère. » (2) — « Quiconque répudie sa femme et en épouse une autre est adultère, et quiconque épouse celle que son mari a répudiée est adultère. » (3)

Si les Evangiles sont ainsi en désaccord entre eux, les Pères de l'Eglise sont également loin de s'entendre.

Lesuns, Tertullien, Origène, Lactance, saint Grégoire de Naziance, saint Jean-Chrysostôme, admettent le divorce pour cause d'adultère, mais — pour la plupart du moins — en faveur du mari seul. Les autres, et à

(1) Saint Mathieu, ch. XXIX, v. 9. — Chap. V, vers. 31 et 32.

(2) Saint Marc, chap. X, vers. 11 et 12.

(3) Saint Luc, chap. XVI, vers. 18.

leur tête saint Augustin, se prononcent en faveur de l'interdiction d'un second mariage.

« Une femme, dit saint Augustin, ne peut devenir l'épouse d'un second mari avant la mort du premier. Elle ne cesse d'être l'épouse du premier qu'à sa mort, et non pas s'il tombe dans l'adultère, car une femme peut bien pour cause d'adultère se séparer de son mari ; mais elle ne peut rompre le lien qui l'attache à lui, quand même elle ne se réconcilierait jamais avec lui, ce lien doit durer jusqu'à sa mort ; car si, par l'adultère de l'épouse, le nœud conjugal était rompu, il s'ensuit cette conséquence pleine de dangers que la femme, par son impureté, pourrait se dégager de tout lien. » (1)

Les Conciles eux-mêmes sont hésitants : jusqu'au VIII^e siècle, on se montre, en général, assez tolérant ; ainsi le Concile de Vannes, en 658, exclut de l'anathème les hommes qui se remarient après avoir répudié leurs femmes pour cause d'adultère ; le Synode de Soissons, en 744, admet exceptionnellement le divorce au cas d'adultère. A partir du VIII^e siècle la sévérité va croissant et on défend formellement tout nouveau mariage après la répudiation ; ce qu'on autorise seulement c'est la séparation de corps, « *divortium quoad torum et mensam* ». Enfin le Concile de Trente tranche définitivement la question et pose d'une façon absolue le principe de l'indissolubilité du mariage, que l'Eglise a toujours maintenu depuis.

Devant le Concile, la question fut très vivement et très longuement débattue. En première lecture, on présenta

(1) Saint Augustin, de Adulter, cap. 5.

aux Pères du Concile un canon qui condamnait directement et formellement la thèse d'après laquelle le mariage pouvait être dissous pour adultère de l'un des époux, de telle façon que l'un et l'autre époux, ou, tout au moins, l'époux innocent pût contracter un nouveau mariage : l'anathème était prononcé contre ceux qui soutenaient cette opinion. Une vive opposition accueillit cette solution trop radicale : on objecta, outre les dissentiments des Pères de l'Eglise eux-mêmes, que pendant longtemps l'Eglise avait toléré le divorce, et — argument grave — que le divorce était resté admis par la coutume traditionnelle de l'Eglise orientale. Bref, après maintes discussions et maints renvois à la commission chargée du travail préparatoire, on adopta en quatrième lecture un texte moins intransigeant.

Le principe est posé dans les canons VII et VIII, qui sont ainsi conçus :

« Si quelqu'un dit que l'Eglise est dans l'erreur quand elle enseigne comme elle a toujours enseigné, suivant la doctrine de l'Evangile et des apôtres : que le lien du mariage ne peut être dissous pour le péché d'adultère de l'une des parties, et que ni l'un ni l'autre, non pas même la partie innocente qui n'a point donné sujet à l'adultère, ne peut contracter d'autre mariage pendant que l'autre partie est vivante ; mais que le mari qui, ayant quitté sa femme adultère, en épouse une autre, commet lui-même un adultère, ainsi que la femme qui, ayant quitté son mari adultère, en épouserait un autre : qu'il soit anathème. » (canon VII).

« Si quelqu'un dit que l'Eglise est dans l'erreur, quand elle déclare que, pour plusieurs causes, il se peut faire

séparation, quant à la couche et à la cohabitation entre le mari et la femme pour un temps déterminé : qu'il soit anathème. » (canon VIII).

Le Concile de Trente décide donc que le vrai sens des Ecritures est que le lien du mariage est indissoluble, même en cas d'adultère. L'adultère d'un des époux permet à l'autre conjoint de répudier le coupable, mais non de convoler à de nouvelles noces : et encore l'époux actionné en séparation peut-il faire repousser la demande en prouvant que le conjoint accusateur est lui-même coupable d'adultère, ou, s'il s'agit de la femme, en établissant qu'elle a été prostituée par son mari.

Il faut, remarquer que, malgré cette prohibition très formelle, il ne fut cependant pas absolument impossible d'obtenir le divorce, en usant de moyens détournés. Les empêchements dirimants étaient, selon l'expression de M. Glasson, (1) « l'ingénieux circuit auquel on avait recours. C'est ainsi, dit-il, qu'Henri IV, avec l'assentiment du Pape, répudia Marguerite de Valois après 27 ans de mariage. La vraie raison fut la mauvaise conduite, poussée jusqu'au scandale, de la reine ; le motif invoqué fut un lien de parenté au troisième degré entre les époux ».

Seconde question : l'adultère constitue-il un empêchement à un mariage postérieur ? Pendant longtemps aussi, les canonistes hésitèrent à trancher la question, et il semble qu'à l'origine on ne put épouser la femme souillée par l'adultère : « *nullus copulet matrimonio quam prius polluit adulterio.* » C'est ce qui ressort également du canon

(1) Grande Encyclopédie, V^e Divorce, tome XIV, p. 754.

Illud vero, où il est dit : « Nolimus, nec Christianæ religioni convenit, ut ullus ducat in conjugium quam prius polluerit per adulterium. »

Mais de bonne heure cette solution fut modifiée, et le nouveau Droit des Décrétales décida que l'adultère ne constituerait un empêchement à mariage — même avec le complice — que dans deux seuls cas :

1° Lorsqu'un des adultères, l'épouse ou le complice, est convaincu d'avoir attenté à la vie du mari. Il faut, pour que cette prohibition puisse s'appliquer, non-seulement que l'attentat ait été consommé et que la mort s'en soit suivie, mais encore que l'homicide ait été accompli en vue de contracter mariage, dans le dessein d'épouser ensuite la femme ; si le crime avait été commis à toute autre intention, les parties pourraient se marier ensemble. Cet empêchement dirimant fut établi en l'an 845 par le Concile de Meaux : ainsi, ajoute l'abbé Migne, « il n'est que de droit ecclésiastique et l'Eglise pourrait en dispenser, il est ni de droit naturel ni de droit divin, puisque David épousa Bethsabée, dont il avait fait périr le mari. » (1)

2° Lorsque l'époux adultère et son complice se sont fait l'un à l'autre une promesse jurée de s'épouser lorsqu'ils seraient devenus libres. Le Concile de Tribur (en l'an 895) a considéré qu'il y avait là un engagement dangereux. Mais il faut tout à la fois qu'il y ait eu adultère et promesse de s'épouser. Si, dit encore l'abbé Migne, « l'adultère n'y est point, la promesse de s'épouser dans l'état du mariage, ne produit pas empêchement : et si,

(1) Abbé Migne. Encyclopédie Théologique. V° Empêchement, p. 1140.

d'autre part, les parties ont commis adultère sans se faire aucune promesse de mariage, quoiqu'elles en aient formé le désir dans leur cœur, il n'y a point entre elles d'empêchement de crime.... Il faut encore que l'adultère et la promesse de se marier ensemble aient été faits du vivant du premier mari ou de la première femme; mais il n'importe que la promesse de s'épouser ait été antérieure ou postérieure à l'adultère. Il faut aussi que cette promesse ait été acceptée par des paroles ou par quelque signe extérieur; il faut même que la personne qui a accepté la promesse sache que celui qui lui promet de l'épouser est marié ou qu'elle le soit elle-même. Mais il n'importe que la promesse soit absolue ou conditionnelle, sincère ou feinte; car l'une et l'autre produit également un empêchement dirimant puisqu'il est toujours vrai de dire qu'il y a une promesse réelle et effective de s'épouser jointe au crime d'adultère. » (1)

(1) Abbé Migne, *ibid.*

3^e Période.

Les Coutumes.

Les Coutumes constituent le dernier état de la législation française avant la Révolution ; le droit se trouve alors solidement assis et réglementé. Mais avant de commencer l'étude des Coutumes, il est nécessaire d'indiquer quelle était, avant cette époque, c'est-à-dire vers le moyen-âge, la jurisprudence suivie dans les pays coutumiers en matière d'adultère. La répression était assez peu noble et presque aussi immorale certes que la faute elle-même. Il faut en premier lieu citer ce qu'on appelait la course des battus, qui consistait à faire courir les coupables tout nus par la ville, tandis que le bourreau les fustigeait (Montpellier, Carcassonne) ; quelquefois la peine du fouet était supprimée (Bayonne, Villefranche de Périgord) ; le plus souvent les seigneurs permettaient de se racheter de cette peine par une amende dont le taux variait suivant les coutumes (Bergerac, 100 sols ; Grenade, 100 sols toulousains ; Prissey, près Mâcon, 60 sols et un denier ; Castelnaudary, 3 sols ; Montfaucon, Vienne, Aigues-Mortes, Albi, etc.) ; certaines coutumes même exigeaient la course et l'amende (Agen, 5 sols ; Saint-Sever, 7 livres 8 sols et 5 deniers tournois).

En second lieu, quelques coutumes punissaient l'adultère de peines corporelles autres que la course : à Tournay, en Flandre, 6 ans d'exil ; à La Réole, la mort ; à Bordeaux, la mort, pour le domestique qui subornait la femme de son maître.

Dans d'autres coutumes enfin, on se contentait d'une simple peine pécuniaire ; à Beauvais, 6 sols et un denier et seulement pour le cas de flagrant délit ; à Moissac, la confiscation des biens ; la coutume de Provence punissait l'homme marié adultère et sa concubine d'une amende de 10 marcs d'argent, s'il était noble ou bourgeois, de 5 seulement s'il était roturier. A toutes ces peines venait généralement s'adjoindre la perte du douaire de la femme, déjà prononcée par le droit canon : « femme qui forfait en son honneur perd son douaire s'il y a eu plainte par le mari, » disait Loysel. (1)

Avec le développement de la justice royale et l'organisation stable des Coutumes, ces mœurs en général grossières finirent par disparaître, et, sous la période monarchique, l'adultère se trouva parfaitement réglementé.

SECTION I^{re}. — *Conséquences pénales de l'Adultère.*

I. — Malgré les protestations des Canonistes, l'adultère du mari n'est point punissable pour cette raison digne de remarque que les femmes « auraient trop d'occasions de faire des réclamations scandaleuses. »

Le mari ne pourra donc encourir aucune peine infamante ; seulement son adultère le rendra non

(1) Du Douaire, liv. I, tit. 3, art. 39.

recevable à accuser sa femme d'adultère : « *Maritus tenens concubinam*, disait Julius Clarus, *non potest accusare de adulterio* » ; ce que Guy Coquille traduisait ainsi : « Si la femme objecte à son mari et fasse preuve que lui-même a commis adultère, elle fera qu'il sera non recevable à l'accuser. » Que décider si une femme surprenant son mari en flagrant délit lui donne la mort ? Il semble qu'elle ne bénéficiera d'aucune excuse particulière, et qu'elle ne pourra éviter la peine appliquée par le droit commun aux homicides, c'est-à-dire la mort. (1)

La femme était donc fort mal traitée par le droit et obligée de considérer l'adultère de son mari comme « une amertume secrète que son cœur doit dévorer, » selon l'expression de Fournel.

II. — La femme adultère était condamnée à la peine de la Nouvelle 134 et de l'authentique *sed hodie*. La fustigation fut supprimée à partir du xvi^e siècle et on ne maintint que la réclusion. La femme était enfermée dans un couvent aux frais du mari, qui avait le droit de prendre le prix de la pension sur les paraphernaux ou les propres de la femme. Pendant deux ans, le mari pouvait reprendre sa femme, à moins qu'il ne fût magistrat, parce que, dit Jousse, « on a regardé qu'il était indécent à un juge de garder une femme qui avait été jugée publiquement. » Passé ce délai, la femme était voilée, rasée et revêtue des habits monastiques. Cependant, après la mort de son mari, elle pouvait encore

(1) Farinacius, quæst. 124, n^o 121.

obtenir sa liberté, soit en se remariant, soit en s'adressant aux magistrats, si ceux-ci jugeaient l'expiation suffisante.

Pour faire prononcer contre la femme la réclusion, le mari devait s'adresser aux magistrats et c'est ce que fit en 1774 le grand Mirabeau, qui n'avait pas lui-même échappé au sort commun.

Parfois les grands seigneurs ou les personnages de belles relations obtenaient directement un ordre du roi et se débarrassaient des formalités judiciaires, mais le privilège était rare.

La femme, bien que coupable, peut faire valoir certaines excuses pour atténuer sa responsabilité et diminuer le châtimement : telle serait la débauche du mari ; c'est, dit Jousse, « une excuse valable pour la femme, parce qu'alors le mari a donné lui-même occasion à l'injure qui lui est faite. » De même, les mauvais traitements, la misère extrême dans laquelle l'abandonne son mari, pouvaient être pour la femme une excuse légitime pour échapper à une partie de la peine, et même, disent certains auteurs, pour obtenir la remise totale de la peine. Damhoudère (1) refuse en effet l'action au mari : « *quoties aut per negligentiam aut per oblatae occasiones aliquo modo uxori causam præbuit commitendi adulterii* ; » et Fournel dit dans le même sens (2) : « un mari qui, par ses mauvais traitements, force sa compagne de s'exiler de sa maison et qui lui refuse les secours nécessaires à sa subsistance, ne devient-il pas

(1) P. 270, n° 40.

(2) Traité de l'Adultere, p. 150.

responsable de tous les évènements auxquels le soin de sa propre conservation pourra la porter ? N'est-ce pas en quelque sorte la dégager du serment de fidélité?... »

Qu'a fait du *jus occidendi* notre ancienne jurisprudence ? Elle s'est inspirée du Droit Romain. Le père seul a le droit de tuer ; ni le grand-père, ni le fils, ni le frère ne sont investis de ce redoutable pouvoir. Ce droit n'appartient pas non plus à la mère ; mais parfois la jurisprudence a excusé le meurtre commis dans des conditions identiques par la mère. (1) Qui le père peut-il tuer ? sa fille, l'amant de sa fille et aussi les complices que celui-ci aurait pu amener. Il faut, bien entendu, qu'il les surprenne en flagrant délit ; mais, contrairement au Droit Romain, il n'est pas nécessaire qu'il tue les deux coupables, ni qu'il frappe de sa propre main, il peut appeler à son secours ses parents ou amis. (2)

Quant au mari, en droit, il ne pouvait tuer ni sa femme, ni le complice, à moins que celui-ci fût une personne vile, comme un valet, ou qu'il ait usé de violence envers sa femme.

Mais, en fait, lorsque le meurtre avait eu lieu sans préméditation au moment du flagrant délit et dans la maison du mari, celui-ci obtenait souvent sa grâce du roi : « Il n'est pas permis au mari, dit Jousse, de tuer l'adultère de sa femme, ni sa femme, parce que l'homicide est indistinctement défendu dans nos mœurs. Mais comme sa douleur est juste, s'il éprouve ce malheur, s'il tue sa femme et l'adultère, surpris en flagrant délit,

(1) Mainard, livre VI, chap. 86.

(2) Jousse. Farinacius, p. 128, n° 20.

il obtient facilement sa grâce du roi. L'usage même est que, si le mari avait négligé d'obtenir des lettres de grâce, on ordonne qu'il se retirera par devers le prince pour l'obtenir. » (1) Les auteurs rapportent de nombreux exemples de grâces obtenues de cette façon. En voici un, raconté par Henrys : le mari avait feint un voyage de plusieurs jours, puis était revenu secrètement dans la maison conjugale, où il avait surpris sa femme et son complice et tué l'un d'un coup de pistolet, l'autre d'un coup de poignard. Il obtint des lettres de grâce, tant pour lui que pour un archer qui l'avait aidé dans l'exécution, et cependant, dit Henrys, le mari avait donné occasion de faire le mal et avait plutôt dressé un piège à sa femme qu'il ne l'avait surprise inopinément. (2)

III. — *Peine du Complice*. — Nous venons de voir, à propos du *jus occidendi* relatif à la femme adultère, que le père peut tuer le complice de sa fille, et que, si le mari ne possède pas le même droit, il obtient néanmoins sa grâce assez facilement.

La peine proprement dite était très arbitraire et paraît avoir été presque toujours laissée à l'appréciation du juge. Suivant la gravité des circonstances, c'étaient : l'amende pécuniaire — très variable ; l'amende honorable, le bannissement soit hors de la ville ou de la province, soit hors du royaume ; ou les galères temporaires ou perpétuelles. C'était parfois aussi la mort, quand l'adultère avait été accompagné de circonstances aggravantes, telles que le vol, le rapt, le meurtre, l'inceste. C'était

(1) Jousse, III, p. 191.

(2) Henrys, tome I, liv. 4, chap. 6, quæst. 65.

aussi la mort, lorsque l'inégalité des conditions entre les coupables était par trop choquante. C'est ainsi qu'en 1314 Philippe et Gautier de Lannoy, convaincus d'adultère avec les filles du roi Philippe-le-Bel, furent condamnés à être écorchés vifs, leurs membres coupés et pendus à un gibet. De même un valet de cabaret qui profita du sommeil de sa maîtresse pour abuser d'elle fut pendu. Un auteur du xvi^e siècle, Duret (*Traicté des peines*) résume dans les termes suivants notre ancienne jurisprudence: « Pour le regard de l'adultère masle, quand il n'y a autres qualitez tendentes à plus grand rigueur, la coustume est le condamner faire amende honorable teste et piedz nudz en chemise, la corde au col, tenant entre les mains une torche allumée de certain prix, et à certain jour et lieu, à genoux, dire et déclarer à haulte voix que follement, témérairement, malicieusement et audacieusement, il a commis adultère et qu'il s'en repent et requiert pardon et mercy à Dieu, au Roy justice; et est condamné outre plus en amende profitable envers le Roy, et à tenir prison jusques à paiement, ès despens du procès, confiscation de tous biens avec bannissement du Royaume à tousiours; que s'il a qualitez qui augmentent le délict, ainsi que du varlet avec sa maîtresse, du père avec sa fille, du cousin avec sa cousine mariée, la mort s'en doit suyvre, si la grandeur des délinquants ne cause le changement en déportation, ou que la vilité et pail-lardise de la femme ne rende plus douce la punition. » (1)

On poursuivait aussi les complices indirects de l'adultère, c'est-à-dire ceux qui avaient prêté aux coupables

(1) V^o Adultère folio 20, verso.

leur aide ou leur collaboration. Julius Clarus range l'instigateur sur la même ligne que le délinquant : « *mandans adulterii debet puniri de ordine et consilio eadem pœna qua punitur adulter* » ; et Farinacius exprime la même règle à l'égard de celui qui a prêté sa maison pour la consommation de l'adultère : « *adulterii pœna habet locum in eo qui ad adulterium committendum suam domum accommodat.* » Enfin Jousse enseigne que « les complices du crime d'adultère doivent être punis comme ceux qui sont coupables d'adultère. Tels sont ceux qui favorisent ces sortes d'entrevues, qui les ménagent par leurs intrigues, et qui prêtent leur maison à cet effet. » (1)

SECTION II°. — *Conséquences civiles de l'adultère*

I. — *Incapacités communes.* — Les adultères étaient frappés à l'égard l'un de l'autre d'une incapacité absolue de donner et de recevoir ; cette prohibition concerne aussi bien les dispositions entre-vifs que les dispositions testamentaires. Peu importe également que ces libéralités soient universelles ou particulières, directes ou indirectes. La prohibition est tellement absolue que la loi n'y permet aucune dérogation et refuse même aux coupables la possibilité qui était parfois donnée aux concubins non adultères de se laisser des aliments. (2)

Les adultères, d'après un arrêt solennel du 21 juin 1684, pouvaient se remarier. Il n'y avait que peu de restrictions à cette liberté. Deux sont prévus par le droit

(1) Tome III, p. 228.

(2) D. A. V° Dispositions entre vifs n° 264.

canon et concernant, nous l'avons dit, le cas de machination de meurtre du mari, et la promesse jurée de mariage faite avant la mort de l'autre époux. Notre ancienne jurisprudence y ajouta deux nouveaux cas de prohibition : le cas où le mariage a été déclaré nul pour impuissance du mari, et celui où la femme et son complice se sont fait quelques donations du vivant du mari, ce qui permet de soupçonner l'échange d'une promesse de mariage.

Les enfants adultérins n'avaient aucun droit de successibilité. Et pour qu'on n'éludât pas cette disposition, il leur était défendu de rien recevoir par donation ou par testament de leurs père et mère et autres ascendants, et ceux-ci étaient également incapables de succéder à l'enfant.

Les biens qu'ils pourraient recueillir frauduleusement ne pouvaient leur être acquis par prescription, et même après 30 ans, le fisc pouvait les revendiquer.

II. — *Incapacités pour la femme.* — L'adultère de la femme est une cause de séparation de corps, « *divortium quoad torum et mensam*, » mais non une cause de divorce, sur ce point on s'en réfère complètement au droit canonique.

La femme condamnée pour adultère est privée de sa dot, de son préciput, de sa part de communauté, et des autres conventions matrimoniales.

Les biens confisqués étaient distribués de la manière suivante : s'il n'y avait pas d'enfants, le mari les prenait en entier, pourvu qu'il n'eût pas tué sa femme surprise en flagrant délit, et qu'il n'eût pas lui-même connivé à l'adultère. S'il y avait des enfants, le mari n'obtenait que l'usufruit.

III. — *Incapacités pour le mari.* — L'adultère est une cause de séparation de corps et de biens. Cependant plusieurs arrêts ont jugé que l'adultère du mari ne suffisait point à motiver une demande en séparation de corps de la part de la femme. (1) Ainsi un arrêt du 7 avril 1736 est rendu en faveur du Comte de Montboissier-Canillac qui confessait cependant le fait de l'adultère. Dans les pays de droit écrit, il en était autrement lorsque le mari avait tenu sa concubine dans la maison commune. Beaumanoir déclare que le droit canonique était suivi ; (2) Pothier (3) et Serpillon (4) admettent que la femme n'avait pas le droit de demander la séparation de corps pour le seul fait de l'adultère. Ils en donnent ce motif que l'infidélité de la femme a des suites plus graves, et que donner à toute une famille des parents et des héritiers que la débauche a fait naître, c'est usurper les biens, la noblesse et le nom des familles. Et Pothier ajoutait cette raison bizarre : « Qu'il n'appartient pas à la femme qui est une inférieure d'avoir inspection sur la conduite du mari, qui est son supérieur ; elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite. » Jousse est on ne peut plus formel. « La femme ne peut intenter dans aucuncas l'action en adultère contre son mari quand même il aurait chez lui une concubine, et les lois civiles en laissent la vengeance à Dieu. » (5)

(1) Denisart, V° Séparation de Corps.

(2) Coutumes de Beauvoisis, ch. 28, p. 98.

(3) Traité du Contrat de Mariage, n° 514.

(4) Serpillon, C. Criminel, t. I, p. 113.

(5) T. III., p. 240.

L'adultère du mari entraîne pour lui la perte de la dot et des autres conventions matrimoniales. Enfin il permet à la femme, comme nous l'avons dit, d'opposer une exception à l'action en adultère dirigée contre elle.



4^e Période.

Droit Intermédiaire.

Le Code pénal des 25 septembre — 6 octobre 1791 est muet sur les peines de l'adultère. Cependant le projet de loi qui avait été présenté à l'Assemblée Constituante contenait un article concernant l'adultère : « la femme convaincue de ce délit sera punie, selon les circonstances, d'un an, de dix-huit mois ou de deux années d'emprisonnement et de la déchéance des conventions matrimoniales établies en sa faveur. La dot ne sera point confisquée ; le mari en aura la jouissance, quelles que soient les clauses du contrat de mariage, à la charge toutefois d'une pension alimentaire, ainsi qu'elle sera réglée par le juge ; le mari pourra à chaque instant faire cesser la peine en déclarant qu'il consent à recevoir sa femme dans sa maison. — Le complice de la femme sera condamné à une amende du huitième de sa fortune et à un emprisonnement de trois mois » — (art. 10).

Ce texte, qui fut proposé au vote de l'Assemblée dans la séance du 7 juillet 1791, fut renvoyé au comité de constitution, sur la remarque de MM. Darnaudat et Duport, afin qu'on pût statuer en

même temps sur l'adultère et sur le divorce. Peu de temps après, ainsi que nous l'allons dire tout-à-l'heure, la loi du 20 septembre 1792 admet bien le divorce « pour dérèglement de mœurs notoires » ; mais il ne fut pas spécialement question de l'adultère. Le Code du 3 brumaire an iv resta également muet sur ce point. Et c'est seulement dans le Code civil, en 1803, que réapparaissent pour la première fois des peines contre l'adultère (ancien article 208).

Au point de vue de l'adultère, envisagé uniquement dans ses conséquences pénales, notre étude sur le Droit Révolutionnaire se trouve donc forcément très restreinte. Mais il est un autre moyen de découvrir quels purent être à l'égard de ce crime les sentiments du législateur de cette époque : ce moyen consiste à jeter un coup d'œil d'ensemble sur la législation du mariage et à examiner, d'une façon assez brève, la situation qui fut faite aux enfants adultérins.

Diderot considérait le mariage perpétuel comme un abus : « c'est, dit-il, la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme, » et il cite avec admiration les mœurs d'Otaïti, où les mariages ne durent souvent qu'un quart d'heure. (1) On comprend que, sous l'influence de pareilles doctrines, l'esprit du législateur ait pu être faussé et entraîné à de colossales erreurs.

Jusqu'au jour de la Révolution, le mariage civil n'était pas distinct du sacrement : la loi du 20 septembre 1792 comprit qu'il fallait de toute nécessité séparer le mariage

(1) Diderot, *Mémoires*, III, 66.

civil du mariage religieux et en faire deux actes différents ; mais elle eut en même temps le tort de pousser à l'extrême les conséquences de ce principe si vrai en lui-même, et de ne pas voir « à côté du consentement qui préside au pacte du mariage, cet engagement de la nature auquel est suspendu tout l'avenir d'une famille. » (1) Le mariage n'étant plus qu'un contrat civil semblable à tous les autres contrats, il devient on ne peut plus facile de le dissoudre.

La loi admet d'abord le divorce pour des causes déterminées : parmi ces causes que la loi prévoit expressément, les unes sont d'une gravité incontestable, et parmi elles, le dérèglement de mœurs notoire, comprenant évidemment l'adultère « qui brise la réalité morale de l'union, qui arrache du cœur de l'époux tout sentiment de respect, d'estime, d'affection ; » d'autres, comme l'absence sans nouvelles pendant cinq ans ou l'émigration, semblent des motifs de séparation un peu plus difficiles à admettre. (Loi des 20-25 septembre 1792, § 1, art. 4).

Mais le législateur ne s'en tient pas là, et, « ouvrant la porte à tous les caprices de la mobilité, » dit fort justement M. Laferrière, il autorise encore deux autres modes de rupture de l'union conjugale. Partant de ce principe — que nous avons déjà indiqué — que le mariage est purement et simplement un contrat consensuel, il en tire cette conséquence logique que le consentement qui l'a formé peut aussi le dissoudre : de là le divorce par consentement mutuel (§ 1, art. 2).

(1) Laferrière. *Essai sur l'histoire du Droit français*, t. II, p. 240.

« Epoux fatigués de votre joug, allez devant six parents ou amis : s'ils ne vous concilient pas, un mois après (ou deux mois, dans le cas où vous auriez des enfants), présentez-vous devant l'officier de l'état civil avec le certificat de non-conciliation : il rédigera votre acte de divorce dans la même forme que votre acte de mariage ; le bail est rompu : rien n'a été fait. » La loi va plus loin encore : car, si l'un des conjoints ne veut pas rompre, comment dissoudre le contrat ? « Ne craignez rien, la loi sera plus indulgente pour la rupture de cet acte que pour le résiliement de la moindre des locations. La volonté d'un seul des époux suffira : plaignez-vous du caractère, de l'humeur de votre femme ou de votre mari ; dites que votre humeur ne peut pas sympathiser avec la sienne ; et, après trois convocations devant les six parents et amis, il y aura divorce pour incompatibilité d'humeur ou de caractère. » (1)

Du reste, une fois divorcés, il est absolument loisible aux époux d'user de leur liberté comme bon leur semble. S'ils ont envie de se reprendre, ils peuvent se remarier. S'ils veulent convoler avec d'autres, dit la loi du 8 nivôse, an II, « il n'y a pas de raison d'empêcher un mari divorcé de se remarier immédiatement après le divorce ; pas de raison d'empêcher une femme de se remarier dix mois après le divorce ; et, s'il est constant que le mari a abandonné depuis dix mois son domicile et sa femme, celle-ci pourra contracter un nouveau mariage aussitôt après le divorce. »

Dans de telles conditions, le mariage avait perdu toute

(1) M. Laferrière, *ibid.*

sa grandeur et toute sa moralité. On comprend qu'avec cette agréable facilité de changer à volonté de mari ou de femme, l'adultère dût être moins fréquent et eût moins préoccupé le législateur pénal. Néanmoins, si l'adultère ne fut point l'objet d'une sanction pénale pendant la période révolutionnaire, il fut par contre prévu au point de vue de ses conséquences civiles, et le législateur régla non seulement le divorce — ainsi que nous venons de le voir — mais encore le sort des enfants adultérins. Nous avons réservé pour ce moment l'étude de la condition des enfants adultérins dans tout l'ancien Droit, préférant embrasser d'un seul coup d'œil, si rapide qu'il soit, cette intéressante matière, que de la diviser en fragments épars conformément à l'ordre de notre plan.

Pendant la période franque, les bâtards adultérins ont, en général, la même condition juridique que les bâtards ordinaires, et, comme eux, ils sont mieux traités chez les rois, princes et seigneurs que chez les roturiers. Les adultérins des nobles succèdent à leurs père et mère, pourvu toutefois, en ce qui concerne leur père, que la filiation paternelle soit établie. Au contraire, les adultérins des roturiers n'ont aucun droit de succession sur les biens de leurs père et mère; comme tous les autres bâtards des roturiers, ils sont serfs. D'ailleurs, leur mère — mais leur mère seule — ne peut leur refuser des aliments. (1)

En droit canonique, les père et mère sont soumis à l'obligation de nourrir leurs enfants, même adultérins,

(1) D'Aguesseau. Paris 1772, t. 7, p. 404.

et ceux-ci ont une action pour leur permettre d'obtenir des aliments. Mais, en revanche, le droit canon leur refuse tout droit dans la succession ab intestat de leurs père et mère. Ils ne sauraient non plus acquérir la condition juridique des enfants légitimes, tout au moins à l'origine : car les premiers canons leur refusent le bénéfice de la légitimation par mariage subséquent, en partant du principe, admis en Droit Romain, de la prohibition du mariage entre personnes coupables d'adultère. A partir du ^{xiii}^e siècle, les mariages entre adultères étant permis — sous les modifications que nous avons indiquées précédemment, — le bénéfice de la légitimation s'étendit aux enfants adultérins.

Hugues Capet exclut les bâtards des rois de la succession au trône et interdit même de les reconnaître dans la famille royale. Quant aux enfants adultérins des princes et seigneurs, « il y bien de l'apparence, dit d'Aguesseau, qu'ils furent, comme ceux des rois, exclus de la succession de leurs pères. » Les adultérins des roturiers continuent à être considérés comme serfs.

Sous les Coutumes, cette manière de voir prend à son tour fin, les enfants ne sont plus assimilés aux serfs : leur affranchissement est complet et toutes les Coutumes considèrent l'enfant adultérin comme un homme libre. Presque partout, les enfants adultérins sont regardés comme étrangers à la famille de leurs père et mère. Cependant ils ont droit à des aliments : « qui fait l'enfant doit le nourrir, » dit Loysel. (1) Ils peuvent aussi recevoir des aliments par donation entre-vifs ou

(1) Instit. Coutum, édit. Dupin, t. 1. p. 91.

par testament. Réciproquement, ils sont tenus à l'obligation alimentaire vis-à-vis de leurs père et mère, mais non pas vis-à-vis des parents de ceux-ci. Ils ne sont pas soumis à la puissance paternelle et n'ont pas besoin du consentement de leurs auteurs pour se marier.

Bon nombre de coutumes (Maine, Anjou) prohibent soit le legs, soit la donation entre-vifs, à n'importe quel bâtard : l'enfant est incapable — et ses enfants également — de recevoir un legs universel de ses père et mère, mais il peut acquérir et disposer entre-vifs ou par testament (quelques coutumes lui ont cependant refusé ce droit). Il ne peut élever aucune prétention sur la succession ab intestat de ses père et mère ou de leurs parents, ni recevoir un legs universel, ni transmettre tous ses biens à ses héritiers naturels. L'adultérin a, depuis l'ordonnance de 1383, de Charles VI, le droit de transmettre sa succession ab intestat à ses descendants légitimes, et, à leur défaut, au conjoint survivant ; en leur absence, sa succession « appartient au roi, ou aux seigneurs haut-justiciers en la terre desquels il est né, domicilié et décédé. » (1)

En ce qui concerne le droit pour l'enfant adultérin de venir à la succession de sa mère, certaines coutumes le lui reconnaissent. (2) Mais la majorité des coutumes lui refuse ce droit aussi bien que celui de venir à la succession de son père. (3)

(1) Ibid. p. 98, art. 42.

(2) Saint-Omer et Valenciennes, art. 121 et suiv.

(3) Paris, art. 158. — Artois, art. 150. — Nivernais, chap. 34, art. 22. — Bourgogne, chap. 8, art. 3. — Lille, tit. 1, art. 13. — Normandie, art. 147 et 175. — Bretagne, art. 476.

Le Droit intermédiaire, partant de ce principe fécond posé par la déclaration des Droits de l'Homme que « les hommes naissent libres et égaux en droit, » et voulant à tout prix réagir contre les idées étroites et austères des législations monarchiques, montre à l'égard des enfants naturels une tendresse incroyable. La Constituante et l'Assemblée législative n'édicèrent sur ce point aucune disposition particulière. Mais, dès les premiers jours de la Convention, les pétitions se multiplièrent, réclamant à grands cris l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes : « la différence qui existe entre eux est-elle juste ? disait Cambacérès. Et peut-il y avoir deux sortes de paternité ? » Par décret des 7-11 mars 1793, l'Assemblée renvoie à son comité de législation l'examen des diverses propositions qui lui sont soumises sur cette matière. Un premier projet est déposé le 9 août 1793 par Cambacérès : il favorise pleinement l'enfant naturel, mais n'accorde à l'enfant adultérin que des aliments, le « respect des mœurs » ne permettant pas de lui octroyer davantage. L'enfant désavoué par le mari conserve vis-à-vis de sa mère tous les droits d'un fils légitime ; toutefois l'on frappe de nullité la reconnaissance qui émane d'un homme marié : car il ne faut pas « autoriser l'union d'un homme avec plusieurs femmes. »

Ce premier projet, renvoyé à la Commission, est bientôt suivi d'un second, déposé le 23 fructidor an II, et qui reproduit le même système relativement aux enfants naturels.

La loi du 12 brumaire an II proclame sur tous les points l'identité des droits des enfants légitimes et des enfants naturels : « les droits de successibilité de ces

derniers, dit l'article 2, sont les mêmes que ceux des autres enfants. » Cambacérés alla jusqu'à soutenir que cette assimilation devait s'étendre même aux enfants adultérins : « Dans un gouvernement basé sur la liberté, s'écrie-t-il, les individus ne peuvent être la victime des fautes de leur père. L'exhérédation est la peine des grands crimes : l'enfant qui naît en a-t-il commis ? Et si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits du citoyen. » Il ajoute cependant : « On a pensé presque unanimement que le respect des mœurs, la foi du mariage, les convenances sociales ne permettaient pas de comprendre dans la disposition les enfants nés de ceux qui étaient déjà liés par des engagements. » (1) De la fusion de ces deux idées découle la disposition édictée par la loi de brumaire à l'égard des enfants adultérins : « il leur sera seulement accordé, à titre d'aliments, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient droit s'ils étaient nés dans le mariage. » (Art. 13.) C'était déjà beaucoup.

Le Code Civil réagit à son tour contre cette excessive générosité, et, à l'encontre du législateur révolutionnaire, il se montre, vis-à-vis des enfants naturels, juste — peut-être — mais à coup sûr impitoyable.

(1) Rapport du 4 juin 1793.

DROIT FRANÇAIS

Qu'aux siècles barbares de Rome, le *paterfamilias*, armé du droit de vie et de mort sur sa femme comme sur ses enfants, se montrât vis-à-vis de l'épouse infidèle d'une implacable sévérité; que, pendant tout le moyen-âge, pieux héritier des antiques civilisations, alors que le mariage était un sacrement, l'adultère fût envisagé comme un crime contre Dieu et comme un irrémissible péché: c'était de bon sens, et, pour ainsi dire, parfaitement harmonieux. Mais la Révolution Française, en passant, avait bouleversé les idées sociales et décrété de nouveaux et féconds principes: pour elle, les citoyens sont égaux devant la loi; quant au mariage, il ne doit être considéré par la loi que comme un contrat de droit civil pareil aux autres, — rien de plus. S'inspirant dans une raisonnable mesure des théories révolutionnaires, et faisant équitablement la part de leurs ardeurs parfois inconsidérées et de leurs générosités souvent excessives, le rédacteur de nos Codes eût pu accomplir, sur le terrain juridique où nous sommes placés, bon nombre de réformes utiles et sages.

En maintenant même cet antique principe que l'adultère doit être frappé d'une sanction pénale, le législateur pouvait saisir plus d'une fois l'occasion de manifester son esprit de justice et de progrès. Mainte question réclamait son attention: fallait-il, au point de vue criminel, traiter d'égale façon la faute du mari et celle de la femme? Conserver au mari le droit de tirer lui-même vengeance de l'infidélité de l'épouse? Et, au point de vue civil, devait-on permettre aux époux de rompre par le divorce une union que l'adultère avait si gravement

compromise? Disons tout de suite que le législateur n'a pas suffisamment échappé à l'influence du Droit ancien, rigoriste et étroit: aussi son œuvre prête-t-elle le flanc à une foule de critiques, qui vont se faire jour à mesure que nous allons pénétrer plus avant dans l'étude de nos textes législatifs.



CHAPITRE I^{er}.

CONSÉQUENCES PÉNALES DE L'ADULTÈRE.

4 sections : 1^o Peine du Mari ; 2^o Peine de la Femme ;
3^o Peine du Complice ; 4^o Le *Jus Occidendi* dans la
loi française.

SECTION I^{re}. — *Peine du Mari adultère.*

Aux termes de l'article 339 du Code pénal, « le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs. » Donc l'adultère du mari n'est pas en soi punissable, il ne le devient que s'il se trouve compliqué de cette circonstance aggravante que la loi appelle l'entretien d'une concubine au domicile conjugal et qui donne à sa faute, selon l'expression de Treilhard, « un caractère particulier de mépris. » Que faut-il entendre par là ?

Et d'abord, qu'est-ce que « le domicile conjugal ? » Le domicile conjugal, c'est la maison commune, la maison où résident les époux. Cela comprend tout naturellement

tous les corps de bâtiments appartenant aux époux et affectés à leur logement. Il importe peu que ce soit la demeure habituelle du mari ou une simple résidence, comme une maison de campagne, dès lors que le mari en est, à son nom, propriétaire ou même simplement locataire; il suffit que la femme ait le droit de se rendre dans cette maison sans se préoccuper de savoir si en fait elle s'y est, ou non, rendue: car l'article 214 du Code civil nous dit que le mari doit être prêt à recevoir sa femme partout où il va habiter pour l'utilité de ses affaires ou pour toute autre cause. La maison serait encore considérée comme commune quand même le loyer aurait été indiqué sous un autre nom que celui du mari et payé par sa concubine, pourvu qu'il soit établi en fait que le mari en est le seul et véritable locataire, qu'il l'a garnie de meubles lui appartenant et qu'il l'habitait personnellement. (1) Il en serait encore de même si le mari avait installé sa concubine dans un appartement contigu à celui qu'il habite avec sa femme, et, à plus forte raison, si les deux appartements loués par le mari avaient été réunis par une porte de communication. (2)

Mais il en serait différemment, si l'adultère du mari avait été commis, par exemple, pendant un séjour passager dans des hôtels garnis: il n'y a ici, en effet,

(1) Cass., 28 février 1868, D. P. 68, I, 233. — Cass., 10 juin 1880, D. P. 81, I, 192. — Cass. (en sens contraire) et note critique: 11 novembre 1858 et 7 juin 1861, D. P. 61, I. 345.

(2) Cass., 23 mars 1865, D. P. 65, I. 399. — D. A. Supplém. V^o Adultère, n^o 12.

rien de ce qui constitue un domicile, et, par suite, la faute du mari reste en dehors des exigences de la loi. (3)

La question devient beaucoup plus délicate dans deux hypothèses particulières : 1° La concubine n'a été introduite au domicile conjugal que sur le refus de la femme légitime d'y résider ; 2° Dans le cours d'une instance en séparation de corps, la femme légitime a obtenu du Président du Tribunal l'autorisation de choisir un autre domicile et c'est depuis son départ seulement que le mari vit en concubinage ; dans ces deux hypothèses, le mari peut-il encore être poursuivi de ce chef pour adultère ? Bien que la question soit l'objet de nombreuses discussions, nous croyons qu'il faut répondre par l'affirmative et dire que le domicile conjugal existe encore légalement. Dans le premier cas, en effet, il est certain que la femme a le droit de revenir sur son refus et de réclamer sa place au foyer conjugal : « Le foyer domestique, qui n'est pas absolument détruit, reste à la garde du chef de la famille, afin que les enfants puissent s'y rallier, et que les époux, si les espérances de la loi ne sont pas trahies, y reviennent, ou plus tôt ou plus tard, reprendre leur place dans la maison conjugale, qui subsiste encore malgré la retraite de l'épouse, et doit être conservée pure des souillures de l'immoralité. » — Dans la seconde hypothèse, le mariage n'est point encore dissous, le domicile du mari reste le domicile commun ; et permettre au mari d'y introduire une étrangère, ce serait tout à la fois apporter un obstacle presque invincible à la réconcilia-

(3) C. Paris, 29 juin 1839, D. A. V° Adultère, n° 65.

tion des époux, et causer un vrai scandale à l'égard des enfants et de la société. (1) «Ce serait, dit la jurisprudence, placer les enfants sous la triste nécessité de fuir ce domicile ou d'y venir être témoins de désordres coupables ; ce serait forcer l'épouse à voir se reproduire des torts qu'elle aurait peut-être été disposée à oublier et à pardonner ; ce serait enfin donner au mari une sorte d'encouragement à se montrer injuste envers sa compagne pour l'obliger à hâter un éloignement qui le rendrait libre d'afficher avec plus de scandale une honteuse préférence. » (2) Cette solution domine aujourd'hui en jurisprudence. (3)

Mais il faut la maintenir dans les justes limites tracées par la loi et ne pas l'étendre, par exemple, au cas où un jugement aurait antérieurement prononcé la séparation : alors le mari ne pourrait plus être poursuivi pour adultère. Sans doute la séparation de corps laisse subsister entre les époux le devoir de fidélité. Mais « ces considérations morales, si graves qu'elles soient, sont étrangères aux motifs et aux prévisions de la loi destinée à réprimer et à punir les écarts du mari. » L'adultère du mari demande, pour tomber sous le coup de la loi, un élément spécial, l'entretien d'une concubine au domicile conjugal ; or, la séparation de corps a précisé-

(1) C. Lyon, 15 juin 1837. D. A. V°. Adultère. n° 64 et note. — Cassat : 17 août 1883. — D. P. 87. I. 47./

(2) C. Lyon, 15 juin 1837, Cité Supra.

(3) C. Rennes, 20 janvier 1851. D. P. 51, II, 186. — Cass : 12 décembre 1857. — D. P. 58, I, 136. — C. Bordeaux, 21 avril 1858, — D. P. 59, 2, 25.

ment pour but de faire cesser la cohabitation commune ; forcément le domicile conjugal n'existe plus. (1)

En second lieu, que faut-il entendre par « entretien d'une concubine ? » La concubine, dit le Dictionnaire de l'Académie, est « celle qui n'étant pas mariée vit avec un homme comme si elle était mariée. » La loi veut parler d'un commerce suivi, de relations fréquentes et même habituelles, et, pour employer l'expression de Demolombe « d'une de ces liaisons qui livrent l'épouse légitime à la plus insultante rivalité. » (2) Un seul fait d'adultère ne suffirait donc pas pour rendre le mari punissable.

Il en résulte qu'à l'égard du mari l'adultère est un délit continu. Il importerait peu que la présence de la concubine dans la maison conjugale soit justifiée par une raison extérieure et que, par exemple, la domestique avec laquelle le mari entretient des rapports intimes ait été introduite dans la maison par la femme elle-même ; (3) à plus forte raison l'adultère du mari serait-il encore punissable s'il avait été commis avec une de ses parentes, ou quelque personne de sa famille, comme sa sœur, sa belle-sœur ou sa fille. La loi a voulu punir l'infidélité du mari dans tous les cas où elle constitue, dans son esprit, une injure grave vis-à-vis de l'épouse ; il n'y aurait aucune raison de se montrer favorable à une situation qui est bien plutôt une odieuse aggravation du crime.

(1) C. Grenoble, 18 novembre 1838. D. A. V°. Adultère, n° 64.— C. Paris, 4 décembre 1857.— D. P. 58, II, 1.— Trib. Correct. Seine, 28 mai 1872.— D. P. 72, III, 56.— C. Lyon : 7 janvier 1873. D. P. 73, II, 8.

(2) Demolombe, t. IV, n° 370.

(3) D. A. V° Adultère, nos 67 et suivants.

Outre la sanction pénale portée par l'article 339, il en existe une autre, spéciale au cas où le mari ayant à subir la juste loi du talion voudrait à son tour se plaindre de l'inconduite de sa femme : « le mari, dit l'article 336, ne pourra dénoncer l'adultère de sa femme, s'il a été lui-même convaincu d'adultère et condamné. » Il faut donc d'après ce texte que la femme produise un jugement déclarant son mari convaincu d'avoir entretenu une concubine au domicile conjugal : s'il n'était pas encore intervenu de poursuites contre le mari, elle pourrait dénoncer de son chef l'adultère de son mari et élever ainsi une question préjudicielle qui devrait être tranchée avant de faire droit à la demande principale.

Que faut-il penser de cette disposition de l'article 336 ? Pour l'approuver on s'appuie sur ce que le mari étant lui-même coupable ne mérite pas beaucoup de créance et doit être facilement soupçonné d'agir surtout par vengeance : « la justice repousse le mari, disait M. Faure au Corps Législatif, comme indigne de sa confiance, et, n'ayant pu être convaincu d'adultère que sur la plainte de sa femme, il serait trop à craindre qu'il n'agit par récrimination ». Ortolan s'élève avec force contre la pensée de la loi, et avec raison, semble-t-il : sans doute le mari est indigne de se plaindre, sans doute on peut dire qu'il a, par sa propre faute, déterminé les désordres de sa femme, mais ce sont là uniquement des circonstances atténuantes et on ne doit en tenir compte que dans l'appréciation de sa responsabilité et de celle de sa femme. Un fait certain, c'est qu'il y a eu adultère de part et d'autre, c'est qu'il y a eu double faute, et que, par conséquent, les coupables doivent être l'un et l'autre punis. On objecte que la loi ne punit l'adultère

que sur la dénonciation de l'époux outragé ; cela est vrai ; mais, une fois que la plainte est portée, il faut prendre en considération non seulement l'intérêt du ménage — de ce ménage d'autant plus troublé et d'autant plus divisé que les époux ont le droit de s'adresser de mutuels reproches — mais encore l'intérêt de la société. Si l'adultère est une faute et un délit, l'intérêt social exige qu'il soit puni dans tous les cas : « il y a double plainte, dit Ortolan, double déchirement et double scandale au dehors ; un double délit est signalé à la justice, la justice et le bon exemple veulent que ces délits soient punis l'un et l'autre. » (1)

Deux questions sont encore nées à propos de l'article 336.

1° Le mari qui aura été convaincu d'adultère sur la plainte de sa femme sera-t-il déchu à tout jamais du droit de dénoncer l'adultère dont celle-ci se rendrait elle-même coupable par la suite ? L'affirmative conduirait à une solution profondément injuste et immorale. Il en résulterait notamment que le mari ne pourrait, à aucun moment et quelle que soit l'inconduite de sa femme, demander la séparation de corps ou le divorce, ni désavouer les enfants nés de l'adultère. Ne serait-ce pas, d'autre part, le comble de l'iniquité que de flétrir pour jamais un homme dont la faute, si grave qu'elle soit, n'est cependant pas toujours indigne de pardon ? Et enfin ne serait-ce pas donner à la femme un brevet d'impunité et lui permettre de se livrer sans frein aux plus honteux désordres ? Soutenir le contraire, a dit

(1) Ortolan. *Éléments de droit pénal*, t. II, n° 1696,

avec raison la jurisprudence, serait outrager la morale et la raison publique et compromettre l'honneur et l'intérêt des familles.

J'estime par suite que les tribunaux devront apprécier suivant les circonstances ; et si le mari est revenu à une conduite plus régulière, si son repentir semble sincère et si la plainte qu'il a déposée contre sa femme est assez éloignée de ses propres désordres pour que les motifs des articles 336 et 339 du Code pénal cessent d'être applicables, (1) les juges prononceront suivant l'esprit de la loi et admettront la dénonciation faite par le mari.

La seconde question est la suivante : Le mari peut-il, comme la femme, opposer à la poursuite qui est dirigée contre lui l'adultère de sa femme ? Carnot répond affirmativement (2). Nous nous rangeons à une opinion différente et nous admettons que l'adultère de la femme constitue non une fin de non recevoir péremptoire mais seulement une circonstance atténuante en faveur du mari. Aucun texte en effet ne restreint le droit de la femme de porter plainte contre son mari, et il n'existe au profit du mari aucune exception analogue à celle que l'article 336 institue en faveur de la femme. Les tribunaux ne sauraient avoir le droit de créer des exceptions nouvelles ou d'étendre celles qui ont été nettement formulées par la loi. Il serait d'ailleurs contraire à toutes les règles du droit et de la morale d'établir une sorte de compensation entre les deux

(1) C. Paris, 18 juin 1870. D. P. 70, II, 136. Cassat: 20 novembre 1885. D. A. Supplém. V^o Adultère, n^o 67. — Le Sellyer, t. I, n^o 196 — En sens contraire, Ortolan, t. II, n^o 1696.

(2) Carnot, Comment. C. Pénal, t. II, p. 111.

délits, d'assurer à l'un et à l'autre l'impunité et de rendre la plainte du mari et celle de la femme réciproquement préjudiciables. Enfin on peut jusqu'à un certain point comprendre que le législateur ait, sur cette question particulière, établi une différence entre l'homme et la femme. Tandis que le mari, restant maître chez lui, peut toujours en faire sortir le complice de sa femme, la plainte en adultère constitue, au contraire, le seul moyen pour la femme d'obtenir le départ de la concubine et de faire cesser un scandale énorme. Telle est du reste l'opinion dominante dans la jurisprudence et la doctrine (1).

Nous verrons par la suite que l'article 337 (§ 2) permet au mari d'arrêter par le pardon la condamnation prononcée contre sa femme ; le droit d'user de la même générosité appartient-il à la femme vis-à-vis de son époux condamné ? Non : cette faculté accordée au mari est tout-à-fait exceptionnelle, et les exceptions sont de droit strict. De plus, ce droit a été admis pour favoriser la réunion et la réconciliation des époux ; la peine infligée au mari consistant dans une simple amende, on ne voit pas trop comment la disparition de cette amende pourrait amener la réconciliation des époux. Enfin, la condamnation à l'amende a immédiatement créé un droit en faveur du Trésor public : tout ce qui touche au fisc est sacré...

(1) Cass. 23 mars 1865. D. P. 65, I, 399. — Cass : 28 février 1850. D. P. 50, I, 45. — C. Rennes, 20 janvier 1851. D. P. 51, II, 186. — Blanche, t. V, n° 210. — Sieye, p. 403.

SECTION II^e. — *Peine de la femme adultère.*

« La femme convaincue d'adultère, dit l'article 338 du Code pénal, subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. »

Ce qui saute aux yeux dès le premier abord c'est l'inégalité établie par la loi entre l'homme et la femme : pour l'infidélité de la femme, la prison ; pour l'infidélité du mari, rien que l'amende. Et encore faut-il qu'il ait entretenu une concubine dans la maison conjugale ; au lieu qu'elle, son adultère est partout. Et c'est ce qu'on appelle l'égalité devant la loi !....

Cependant d'excellents esprits, Proudhon, (1) Duranton, (2) Garraud, (3) Blanchet, (4) Marcadé, (5) soutiennent énergiquement la théorie adoptée par le Code.

L'adultère de la femme, disent-ils, est plus coupable et plus grave que l'adultère du mari. La pudeur et la chasteté sont les premières vertus des femmes, et il faut que la dépravation soit portée chez elles à un bien haut degré pour qu'elles consentent à faire le sacrifice de leur pudeur : « les lois, dit Montesquieu, demandent des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent pas des hommes, parce que la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à

(1) p. 487 et suiv.

(2) Duranton, t. II, p. 492.

(3) Garraud, t. IV, n° 506 et notes.

(4) Blanchet, t. V, n° 172.

(5) Marcadé, t. I., n° 724.

toutes les vertus. » (1) Dans l'opinion publique, ajoute-t-on, l'adultère de la femme déshonore et ridiculise le mari, or la loi doit s'inspirer des mœurs et des habitudes. « Ce n'est pas elles-mêmes qu'elles ridiculisent ou déshonorent quand elles trompent leur mari, c'est leur mari... En revanche, jamais la femme trompée n'est ridicule, elle est toujours à plaindre, et si elle pardonne sans se venger elle devient héroïque. » — « Il est rare, dit à son tour Gerbier, de voir une accusation d'adultère intentée par le mari ; la crainte de l'éclat l'arrête, il sait qu'il ne peut publier le crime de sa femme sans se couvrir de honte, le préjugé seul étoufferait ses plaintes si le déshonneur réel qui en est la suite ne suffisait pas pour le déterminer à dévorer en secret ses malheurs. Toutes ces raisons cessent du côté de la femme ; elle ne jouit qu'avec plus de gloire de sa propre vertu, lorsque son mari se déshonore lui-même par ses infidélités. Enhardie par cela même à poursuivre son mari coupable, rien ne pourrait donc mettre un frein à sa vengeance ; parce qu'elle ne risquerait rien, elle oserait tout ; le plus léger soupçon deviendrait le prétexte d'une accusation et la foi solennelle du lien conjugal serait compromise à chaque instant. » On s'explique très bien dès lors la distinction établie par la loi par rapport au mari : au cas d'entretien d'une concubine au domicile conjugal, le délit est notoire et, en résumé, assez facile à constater ; dans tout autre cas, suivant l'expression de M. Faure au Corps Législatif, « les recherches dégénéreraient souvent en inquisition. »

(1) Esprit des Lois, XXVI, 8.

Le mari, dit-on encore, en commettant une faute, peut néanmoins conserver son estime et son affection à la femme qui est la compagne de sa vie ; tandis que la femme qui est une fois infidèle aux lois de la pudeur se livre complètement à celui qui la possède, et un seul fait d'adultère de sa part tue en elle-même l'amour du mari et de la famille et détruit à tout jamais le mariage. Enfin, on termine par une considération beaucoup plus grave que les précédentes : l'adultère de la femme introduit des étrangers dans la maison et dans la famille du mari, et elle y fait entrer des enfants qui n'appartiennent pas à celui que la loi regarde comme le père. On se rappelle le joli mot d'une princesse à son noble et frivole époux : « Je puis faire des princes sans vous, vous ne pouvez pas en faire sans moi. »

Quelque graves que puissent être ces raisons, nous nous élevons avec force contre l'inégalité choquante établie par la loi entre les deux sexes, inégalité qui conduit nécessairement à l'injustice et à l'immoralité. (1) N'est-il donc pas immoral de permettre à l'homme de violer impunément son serment de fidélité ? Aux termes de l'article 212 du Code civil : « les époux se doivent mutuellement fidélité. » Mutuellement : l'engagement est pour les deux. Tous les deux ont engagé leur foi, ni l'un ni l'autre ne sont libres et nous ne voyons pas qu'il y ait un devoir de fidélité particulier à chacun d'eux. Ce serait en vérité un singulier engagement que celui qui impliquerait la faculté d'y renoncer à plaisir ! Au Conseil d'Etat, Boulay avoua qu'en réalité le crime d'adultère

(1) Laurent, tit. III, n° 179.

était le même des deux côtés et que partant il ne devait pas y avoir de différence dans l'exercice de l'action qui permet la poursuite. L'adultère de l'homme serait-il donc moins coupable et moins blessant que celui de la femme ? l'infidélité me semble la même, l'oubli du devoir identique, et c'est un argument, vrai peut-être, hélas ! mais bien profondément immoral que de voir dans l'adultère du mari une indifférence et un dédain presque absolus pour celle dont il fait sa complice. Vainement dira-t-on que l'adultère de la femme produit des effets plus graves, qu'il risque d'introduire dans la famille légale un enfant procréé par un autre que le mari. Mais est-ce que la maîtresse du mari n'est pas souvent mariée, et est-ce qu'alors l'infidélité du mari n'introduit pas, elle aussi, des enfants étrangers qu'un autre devra nourrir et qui voleront ses enfants ? Il est à remarquer d'ailleurs que, malgré le caractère de délit social que peut affecter l'adultère féminin, la société n'intervient jamais d'elle-même pour sa répression. Un adultère commis par une femme, fût-il de notoriété publique, ne peut être puni que si le mari en provoque expressément la punition. Il faut s'élever au-dessus des conséquences accidentelles de la faute et punir les deux adultères de la même peine, parce qu'il y a une violation égale du contrat. « Disons, s'écrie très justement M. Vacquerie, disons donc la vraie raison de la rigueur de la loi pour l'infidélité des femmes et de son indulgence pour l'infidélité des hommes : c'est que la loi a été faite par des hommes ! » Il était alors bien plus simple et bien plus loyal de suivre l'exemple des anciens, de punir uniquement l'adultère de la femme et de passer hardiment, effrontément sous silence la faute du mari.

Cette semi-impunité nous paraît déplorable, et si l'adultère doit être réprimé pénalement — ce que, pour notre part, nous n'avons pas admis, — la solution la plus juste et la plus morale nous paraît être l'égalité de traitement entre les deux époux. Cette réforme que nous réclamons n'est pas nouvelle : « Chez les Chrétiens, dit saint Jérôme, ce qui est commandé aux femmes est commandé aux hommes : dans des conditions égales, l'obligation est égale. » (Vie de sainte Fabiola). Régnier disait aussi : « l'adultère ne doit être considéré que dans les effets qu'il produit entre les époux. Sous ce rapport le tort est le même, soit que le crime appartienne au mari, soit qu'il appartienne à la femme. » Boulay, Tronchet, Béranger, le Premier Consul lui-même soutenaient cette doctrine au moment de la rédaction du Code. En 1884, lors de la discussion de la loi sur le divorce, M. Labiche, sénateur, rapporteur du projet de la loi, disait : « En aucun cas, le Code ne reconnaît la légitimité de l'adultère du mari ; en aucun cas, nous, les partisans du Code, nous n'entendons innocenter l'infidélité du mari. Au contraire, nous tenons à proclamer qu'il n'est pas de circonstance qui puisse l'excuser au point de vue de la morale pure. Nous serions donc probablement d'accord avec nos contradicteurs, s'il s'agissait d'édicter un Code de morale, ou même un Code pénal. » Et M. de Marcère, traduisant éloquemment les raisons que nous invoquions tout à l'heure, s'exprimait en ces termes : « Quant à moi, mes sentiments de justice sont absolument blessés par cette différence de traitement qui n'est pas fondée en raison, qui a été créée inhumainement, on peut le dire, et qui était acceptée couramment, je le reconnais, dans une société qui n'est

plus la nôtre... Ce que je ne saurais admettre, c'est que de pareils motifs soient aisément acceptés de nos jours. Je dis que cela est contraire à la vérité, à la justice, contraire aux sentiments les plus élevés et les plus nobles de la nature humaine ...»

Quoiqu'il en soit, cette réforme du Code pénal, qui, s'il faut en croire M. Labiche, ne trouverait plus guère de contradicteurs aujourd'hui, reste encore à accomplir et l'inégalité de traitement des époux est un fait consacré par la loi. Nous avons maintenant à en étudier les conséquences.

La femme coupable d'adultère est punie, aux termes de l'article 338, d'un emprisonnement de trois mois à deux ans. Notons que, l'article 308 du Code civil étant abrogé, la poursuite ne peut plus avoir lieu qu'au criminel, et que la femme ne peut plus être condamnée par le tribunal civil prononçant contre elle la séparation de corps pour cause d'adultère.

Peut-on, en matière d'adultère, admettre en faveur de l'accusée des circonstances atténuantes? Une décision de la Cour de Lyon, du 29 avril 1828, admettait la négative. Depuis la loi du 28 avril 1832, l'affirmative est universellement adoptée. Il semble, en effet, qu'il faut rentrer dans le droit commun, auquel ici nulle dérogation n'est apportée ; d'autant mieux que l'article 463, relatif précisément aux circonstances atténuantes, emploie ces expressions : « *dans tous les cas* où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal, si les circonstances paraissent atténuantes, etc. » (1)

(1) Chauveau, Théorie du Code pénal, t. 10, n° 1662.

Ainsi peuvent être considérés comme constituant des circonstances atténuantes : les actes d'adultère fréquents et scandaleux commis par le mari hors du domicile conjugal ou après la séparation de corps prononcée, (1) les violences morales dont la femme aurait pu être l'objet, ou encore le fait par le mari d'avoir abandonné sa femme sans aucunes ressources ou de l'avoir chassée par ses mauvais traitements du domicile conjugal, notamment pendant la nuit. Bien plus, quoique l'avarice même sordide du mari ne puisse pas constituer une base d'excuse pour la femme, on peut concevoir des cas où la détresse absolue, la faim pressante diminuent sensiblement sa culpabilité. Par une juste réciprocité, des circonstances atténuantes peuvent résulter pour le mari du scandale résultant des désordres de sa femme, de son inconduite et de l'abandon du domicile conjugal ; quant à une excuse légale proprement dite, il ne saurait en être question, conformément à l'article 63 du Code pénal, puisqu'aucun texte n'en établit ; mais il ne faut pas oublier que l'intention coupable est un des éléments essentiels du délit. (2)

La connivence du mari constitue-t-elle une circonstance atténuante en faveur de la femme ? Deux théories

(1) C. Lyon, 7 janvier 1873. D. P. 73, II, 8.

(2) La loi du 26 mars 1891 sur la suspension de la peine, autrement dite « loi Béranger, » est-elle applicable en matière d'adultère ? La réponse ne peut être qu'affirmative en présence de l'article 1^{er} de cette loi : « En cas de condamnation à l'emprisonnement ou à l'amende, si l'inculpé n'a pas subi de condamnation antérieure à la prison pour crime et délit de droit commun, les cours ou tribunaux peuvent ordonner, par le même jugement et par décision motivée, qu'il sera sursis à l'exécution de la peine. » Mais, l'adultère supposant des manœuvres et des agissements voulus et suivis, et étant non seulement un délit grave aux yeux de la loi, mais encore un délit d'habitude, l'application en sera nécessairement très rare. Elle a été faite cependant dans

sont nées sur cette question : d'après la première, la connivence du mari n'a qu'un effet, c'est de permettre au ministère public de poursuivre en même temps les deux époux : en effet, dit-elle, les poursuites intentées dans ce cas n'ont pas l'inconvénient de faire éclater le déshonneur des époux. De plus, le mari étant fauteur des désordres de la femme, il y a là un délit trop grave pour demeurer sans répression. Enfin, les articles 334 et 335 du Code pénal frappent ceux qui attentent aux mœurs en « favorisant, excitant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption ; » et, à juste titre, le législateur frappe d'une façon plus rigoureuse les père, mère, tuteur ou autres personnes chargées de la surveillance d'autrui ; pour être conséquente avec elle-même, la loi doit atteindre également le mari. (1) Avec la seconde théorie, généralement admise aujourd'hui, nous croyons que rien n'est changé dans la répression normale de l'adultère et que la connivence du mari constitue seulement une circonstance atténuante en faveur de la femme. En effet : 1° les articles 336 et 339 sont formels et absolus : l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari et il n'y a d'exception que si le mari a lui-même entretenu une concubine au

ces derniers temps, le 7 septembre 1894, par la onzième chambre du tribunal correctionnel de la Seine, dans une espèce assez curieuse. Deux époux s'étaient séparés à l'amiable pour cause d'incompatibilité d'humeur, et la femme — tant était grande son indifférence — avait même autorisé son mari à la remplacer au foyer conjugal par une jeune actrice. Puis au bout de quelques années — était-ce jalousie tardive ou simple tentative de chantage? — elle se ravise, fait constater le flagrant délit et poursuivre les deux coupables. Ceux-ci ont été condamnés par le tribunal correctionnel de la Seine à seize francs d'amende et application leur a été faite de la loi Bérenger.

(1) Mangin. Traité de l'Action publique, t. I, n° 135. — Merlin Rép. V° Adultère, n° 9.

domicile conjugal ; point d'autre exception ; 2° en vertu de quel texte pourrait-on poursuivre le mari ? L'article 338 ne vise que le complice de la femme adultère, et le mari ne saurait raisonnablement être assimilé au complice : dès lors, les poursuites ne pouvant être certainement dirigées que contre la femme, l'argument tiré des articles 334 et 335 n'a plus de valeur ; 3° le projet de loi rédigé et proposé par la commission portait, dans son article 291, la disposition suivante : « l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par son mari, mais dans le cas où il n'y aurait pas connivé. » Et l'article 295 ajoutait : « le mari signalé par la notoriété publique comme ayant connivé à l'adultère de sa femme... etc : dans ce cas les coupables pourront être poursuivis même d'office par le Procureur impérial. » Plusieurs cours firent remarquer les dangers de ces dispositions qui auraient permis de porter le trouble dans les familles et dans la société et ouvert la porte aux plus grands abus. Aussi, lors de la discussion et de la rédaction définitive, ces dispositions furent supprimées. Il faut donc suivre la règle ordinaire imposée par la loi ; rien par suite n'est changé dans la poursuite de l'adultère, mais il est de toute évidence que le mari sera mal venu à se plaindre de l'inconduite qu'il a lui-même favorisée, et que sa femme pourra largement bénéficier des circonstances atténuantes. La Cour de Caen s'est prononcée successivement dans les deux sens. (1) Mais la jurisprudence

(1) C. Caen, 1^{er} février 1855. — D. P. 56, II, 289. — 29 novembre 1855. — D. P. 56, II, 290.

semble aujourd'hui fixée dans le sens que nous indiquons. (1)

Si la femme accusée d'adultère se trouvait en état de démence, il faudrait, comme en droit commun, tenir compte de cette circonstance. (2) Faudrait-il de même avoir égard, en faveur de la femme, à la minorité de 16 ans qu'elle prétendrait invoquer comme excuse ? Morin (3) et Dalloz, (4) soutiennent que la capacité pour le mariage suppose nécessairement la responsabilité pénale, et que toute femme doit connaître ses devoirs conjugaux aussi bien que les lois de la pudeur. Néanmoins, comme aucun texte ne vient sur ce point déroger aux règles du droit commun, nous estimons qu'il faudra examiner les circonstances du fait et appliquer, s'il y a lieu, les articles 66 et 69 du Code pénal. De telle sorte que la femme pourra être condamnée seulement à la moitié de la peine établie par la loi ou même acquittée purement et simplement comme ayant agi sans discernement.

Que décider en cas de récidive ? Le principe général est posé par l'article 58 du Code pénal : « les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année seront, aussi, en cas de nouveau délit, condamnés au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double... » La jurisprudence avait décidé que la condamnation pro-

(1) C. Bruxelles, 31 juillet 1874. — D. P. 75, II, 91. — Le Sellyer, t. I, n° 199. — Blanche. Etudes pratiques sur le Code pénal, t. V. n° 191. — Chauveau et Hélie, t. XI^r, n° 1617. — Garraud, t. IV. n° 522.

(2) C. Poitiers, 25 mars 1889. — D. P. 90, II, 340. — C. Caen, 31 décembre 1889, D. P. 91, II, 280.

(3) Répert. Dr. Crimin, I, V° Adultère, p. 94.

(4) D. A. Supplém, V° Adultère, n° 74.

noncée par le tribunal civil jugeant correctionnellement en vertu de l'article 308 du Code civil suffisait pour former le premier degré de la récidive. (1) Il est donc de toute évidence que la récidive entraîne en matière d'adultère une aggravation de peine, au moins lorsque la première condamnation a été d'une année d'emprisonnement. Cette solution n'est, bien entendu, jamais applicable au mari, puisque celui-ci n'est puni que d'une amende. (2)

La question devient plus délicate dans un autre genre de récidive tout spécial : il s'agit du cas où la femme s'est successivement livrée à plusieurs hommes. Il n'y a sur ce point en France aucune jurisprudence. Si l'adultère de la femme constitue, comme celui du mari, un délit continu, c'est l'infidélité qui fait le délit et le nombre plus ou moins considérable de fois où ce délit a été répété ne peut influencer que sur la sévérité de la peine. La Cour de Gand a jugé dans ce sens. Cependant au premier abord il semblerait qu'il y ait autant de délits que de complices ; ce qui est certain c'est que la prescription de trois ans court depuis l'accomplissement de chaque adultère et que chaque fait se prescrit séparément.

En cas de récidive, l'adultère n'entraîne pas la peine de la relégation, car ce délit est complètement laissé de côté par la loi du 27 mai 1885 ; seul l'adultère compliqué d'outrage public à la pudeur pourrait donner lieu à l'application de la loi.

(1) Caen, 13 janvier 1842. — D. A. V° Adultère, n° 18, note 1.

(2) Morin. — Répert. 1, I, V° Adultère.

Nous avons vu que la séparation de corps plaçait l'adultère du mari en dehors de toute répression. Il n'en saurait être de même de l'adultère commis par la femme après la séparation de corps ; cet adultère serait puni, même quand la séparation aurait été prononcée contre le mari. En effet, la séparation ne rompt pas le mariage, l'obligation de fidélité subsiste ; et, d'autre part, il n'est pas nécessaire que l'adultère de la femme, pour être puni, soit commis au domicile conjugal. Le droit du mari reste donc absolu ; cela se conçoit d'autant mieux que le mari reste toujours sous l'empire de la règle : « *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, » et que, la femme habitant une maison séparée, la surveillance est devenue plus difficile. (1)

La tentative d'adultère est-elle punie par la loi ? Non : aux termes de l'article 3 du Code pénal : « les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi ; » or aucun texte ne s'occupe de la tentative en matière d'adultère. (2)

L'article 337 (alinéa 2) dispose que le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. C'est le droit de grâce ou de pardon, permettant d'arrêter l'exécution de la peine. L'orateur du Corps Législatif, Monseignat, le fonde sur les raisons suivantes : « par la nature presque privée de ce délit, ou plutôt par la puissance domestique dont est investi le mari, ce dernier restera toujours le maître

(1) C. Paris, 13 mars 1826. — D. A. V° Adultère, n° 108, note 3. — Caen, 13 janvier 1842, Cité supra.

(2) Chauveau. Théorie du Code pénal, t. IV, n° 1607.

d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée contre sa femme, et pourra, en la reprenant chez lui, se livrer au plaisir de lui pardonner ; il jouira dans toute sa plénitude du droit de faire grâce et de resserrer les liens de l'amour par ceux de la reconnaissance. » Les liens de l'amour par ceux de la reconnaissance !... O Poète !...

Le mari n'exerce son droit de grâce qu'à la condition de reprendre sa femme : c'est à la fois un droit dont sa femme ne pourrait pas le priver en refusant le pardon, et une obligation à laquelle la femme, une fois sortie de prison, pourra l'astreindre si elle le veut. Ni le divorce, ni la séparation de corps ne lui retirent ce droit ; le mari peut en effet renoncer quand il lui plait au bénéfice de la séparation de corps ; et, d'autre part, si le divorce a été prononcé, il semble que le mari ne pourra pardonner à sa femme qu'après avoir fait procéder à la célébration d'un nouveau mariage avec elle. Le pardon peut être donné soit devant notaire, soit sur le registre d'écrou, soit de toute autre façon. Cette faculté de pardon cesse lorsque la femme a été condamnée pour deux délits ; dans ce cas, aux termes de l'article 365, la peine la plus forte étant seule prononcée, le mari ne peut pas faire grâce de toute la peine ; et il serait par ailleurs difficile de déterminer par une espèce de ventilation quelle partie de la peine est afférente à l'adultère seul. (1)

Le Président de la République peut-il user de son droit de grâce en matière de condamnation pour adultère ? M. Auger (2) soutient la négative sous prétexte que la condamnation est une dette qui doit être payée à

(1) C. Metz, 4 juillet 1825. D. A. V^e Adultère, n^o 123, note 1.

(2) Journal du Droit Crim, 1884, p. 461.

la famille, et que la famille créancière de la dette est seule maîtresse de la créance. Si ingénieuse que soit cette théorie, elle nous semble difficile à admettre, en présence du droit de grâce conféré d'une façon absolue par la Constitution au Président de la République. Pour qu'une exception fût admise, il faudrait un texte précis et formel que nous ne trouvons pas. De plus il est inexact de poser en principe que la condamnation intervient uniquement dans l'intérêt du mari ; l'intérêt de la société est aussi en jeu.

SECTION III^e. — *Peine des Complices de l'Adultère.*

En matière d'adultère, le mot complice, considéré stricto sensu, s'applique à l'homme qui commet l'adultère avec une femme mariée. Aux termes de l'article 338 du Code pénal : « le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps et, en outre, d'une amende de cent francs à deux mille francs. » Lorsque la loi parle « d'emprisonnement pendant le même espace de temps, » elle n'entend pas exiger que la femme adultère et le complice soient l'un et l'autre punis de la même peine. Il peut souvent arriver que des circonstances atténuantes soient refusées à la femme et accordées au complice, ou réciproquement. Il en serait ainsi, par exemple, si le complice avait rencontré la femme adultère dans une maison de débauche, tout en connaissant sa qualité de femme mariée (s'il ignorait sa situation de femme mariée, il n'y aurait pas d'intention coupable et par suite, pas de délit : « *excusat ignorantia facti.* »)

Le complice qui serait pareillement marié pourrait-il encore être condamné, s'il n'y a eu ni entretien d'une concubine au domicile conjugal, ni plainte déposée par sa femme ? L'affirmative est certaine : car le coupable est alors poursuivi uniquement comme complice et sa cause ne saurait être séparée de celle de l'auteur principal. Et ce n'est pas parce que sa faute est double qu'on doit chercher à lui éviter le châtement. Sans doute, l'adultère du mari doit être dénoncé par sa femme, mais la loi donne en même temps au mari outragé le droit de porter plainte contre le complice. Ces deux droits sont indépendants l'un de l'autre et doivent s'exercer avec une égale liberté.

Lorsque l'adultère a été commis par le mari, sa complice, c'est-à-dire la concubine qu'il entretient au domicile conjugal, tombe-t-elle sous l'application de la loi et doit-elle être condamnée ? La question est très discutée : Morin, (1) Carnot, (2) Garraud, (3) Ortolan, (4) soutiennent la négative. La complicité en matière d'adultère, disent-ils, a un caractère particulier qui la soustrait à l'application des principes généraux, il ne faut s'en référer qu'aux règles particulières posées par la loi en cette matière même. Or, que décide la loi ? Elle établit dans l'article 338 une peine pour le complice de la femme adultère ; et, parlant dans l'article 339 de l'adultère du mari, elle laisse entièrement de côté la punition de sa complice. Du rapprochement de ces deux textes, il res-

(1) Morin, Répert, Dr. Grimin, I. V^o Adultère, p. 94 et 95.

(2) Carnot, Comment. Code pénal, art. 339, n^o 10.

(3) Garraud, t. IV, n^o 517 et notes.

(4) Ortolan. — *Eléments de Droit pénal*, t. II, n^o 1695 et note 1.

sort nettement que le législateur n'a pas entendu punir la concubine du mari. D'ailleurs, ajoute-t-on, que le complice de la femme soit puni et sévèrement puni, cela doit être, car c'est lui qui presque toujours est l'auteur de la séduction; au contraire, la concubine a presque toujours cédé à la séduction exercée sur elle par le principal coupable et elle se trouve suffisamment frappée par le scandale et la publicité du procès. C'est le système admis par le Code belge et consacré du reste, en France, par un jugement du tribunal correctionnel de Paris qui n'a pas été réformé. (1) Nous ne partageons pas cette manière de voir et nous estimons que la concubine doit être punie. En effet, à défaut d'un texte spécial, il est nécessaire de se reporter aux principes généraux du Droit; or, en matière de complicité, le principe est posé par l'article 59 du Code pénal: « les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf le cas où la loi en aurait disposé autrement. » La loi n'en ayant disposé autrement que pour le complice de la femme, la règle générale doit donc s'appliquer à la concubine. D'autre part, comment punir l'un des coupables et laisser l'autre indemne? L'adultère n'est-il pas commis par tous les deux et la faute n'est-elle pas la même pour tous les deux? Des circonstances atténuantes pourront être accordées à la complice si elle y a droit, mais la répression est forcée. (2)

(1) C. Paris, 6 avril 1842. — D. A., V^e Adultère, n^o 26.

(2) Cass. 16 novembre 1855. — D. P., 56, I, 42. — Angers. 4 février 1856. — D. P., 56, II, 268. — Limoges, 1^{er} décembre 1859. — D. P. 60, II, 5. — Cass. 28 février 1868. — D. P., 68, I, 233. — Paris 20 décembre 1873, D. P., 75, II, 72. — Chauveau, t. IV, n^{os} 1662 et suiv.

Nous allons plus loin encore et nous admettons que, si la concubine est elle-même mariée, elle peut être condamnée sans qu'il y ait eu plainte de son mari et sur la seule dénonciation de l'épouse outragée.

En effet : aucune exception n'est, dans ce cas particulier, apportée à l'article 59, qui est général et fondamental. Si le complice marié d'une femme adultère doit être puni, même sans avoir été dénoncé par sa propre épouse, la raison oblige à appliquer ici la même solution : la faute de la complice est particulièrement grave, il ne faut pas que cette gravité même lui permette d'échapper à la répression.

On objecte l'article 336 qui exige une plainte du mari, mais ici nous nous trouvons dans une situation anormale, l'honneur de deux familles est compromis ; il serait injuste d'enlever à l'épouse outragée le droit d'obtenir la punition de la concubine cause de son malheur. La jurisprudence semble s'être fixée dans ce sens. (1) La concubine sera donc comme le mari adultère punie d'une amende, mais cette première condamnation n'empêchera pas son mari de déposer à son tour une plainte à l'effet d'obtenir contre elle la condamnation prévue par l'article 338.

Le pardon que le mari accorde à sa femme rejaillit-il sur le complice et permet-il à celui-ci d'en arguer pour demander aussi la remise de sa peine ? La cour de cassa-

(1) C. Limoges, 1^{er} décembre 1859. — D. P. 60, II, 5. — Amiens, 26 mars 1863. — D. P. 63, V, 16. — Cass. 28 février 1868, — D. P. 68, I, 233. — Paris, 20 décembre 1873. — D. P. 75, II, 72. — Dijon, 30 mai 1877. — D. P. 79, II, 216. — Le Sellyer, t. I, n° 203.

tion a répondu négativement, (1) avec raison semble-t-il : la disposition de l'art. 337 (2^e paragraphe) est, en effet, tout-à-fait exceptionnelle ; elle n'aurait, nous l'avons dit, être étendue au-delà de ses termes et doit être interprétée restrictivement. On objecte que le désistement du mari, avant le jugement, arrête les poursuites tant à l'égard du complice qu'à l'égard de la femme. Cela est exact, mais il existe entre les deux situations une différence considérable : tant que les tribunaux n'ont pas prononcé, la femme est réputée innocente et le désistement du mari doit être considéré comme une nouvelle preuve de son innocence ; poursuivre le complice ce serait déshonorer la femme et la flétrir aux yeux de l'opinion publique sans même qu'elle puisse se défendre. Au contraire dans l'hypothèse qui nous occupe, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu un jugement de condamnation, le scandale est notoire, la femme est déclarée coupable par le jugement, et l'exécution de la sentence n'offrira pas les mêmes inconvénients. Enfin — dernière considération — si le pardon profitait au complice, combien de maris consentiraient à pardonner, combien voudraient sacrifier à la clémence la haine et la colère que leur inspire leur rival ?

Nous venons de voir comment sont traités les complices, ou plus justement les co-auteurs du délit d'adultère. Doit-on appliquer aussi les règles de la complicité à tous ceux qui ont aidé ou facilité les relations coupables ? Bien que Morin et Garraud (2)

(1) Cass. 17 janvier 1829. — D. A. — V^e Adultère, n^o 40, note 3. — Chauveau, t. IV, n^{os} 1662 et suiv.

(2) Garraud, t. IV, n^o 517.

soutiennent la négative, nous croyons néanmoins que tous les complices tombent sous l'application de la loi pénale. La généralité des termes de l'article 59 nous paraît conduire à cette solution, que fortifie singulièrement la définition du mot « complices » donnée par l'article 60 : « Ceux qui auront avec connaissance aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou facilitée ou dans ceux qui l'auront consommée. » Ces textes sont généraux et je ne vois aucune raison particulière pour déroger, en matière d'adultère, à des principes aussi certains et aussi nettement formulés. Si l'adultère est un délit, tous ceux qui ont participé à ce délit en connaissance de cause doivent être atteints par la répression.

SECTION IV^e. — *Le Jus Occidendi dans la Loi Française.*

« Les femmes mariées, dit un des personnages de notre joyeux Labiche, (1) c'est amusant de loin, mais à l'user, c'est la scie des scies. Dans les commencements, je ne dis pas, il y a de bons quarts d'heure. Mais l'autre a parfois des vengeances... » Souvent, en effet, lorsqu'il apprend l'outrage qui lui est fait, le mari, cédant à un instinctif besoin de vengeance, tue, dans sa colère, les coupables qui l'ont déshonoré : « il arrive que le sire de Framboisy se fâche tout rouge, manque d'éducation, dégaîne son grand sabre, tue le galant ou la dame ou les deux et quelquefois lui-même par-dessus le marché. » (2)

(1) Le Prix Martin.

(2) Alexandre Dumas fils, *l'Homme-Femme*.

La Loi doit-elle innocenter ou même simplement excuser le meurtre ainsi commis par le mari trompé?

Notre Code pénal (art. 324) décide que « dans le cas d'adultère prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable. » Mais les Cours d'Assises ne se contentent pas de faire bénéficier le mari de cette excuse légale déjà si bienveillante, et l'habitude aujourd'hui constante — j'allais dire : la mode — est de prononcer purement et simplement un verdict d'acquittement. C'est l'application du fameux : « Tue-la ! » tant incriminé, de M. Alexandre Dumas.

Remarquons tout d'abord qu'en cette matière la loi est particulièrement injuste et contradictoire. Elle considère l'adultère en lui-même comme un simple délit. Mais bientôt en justifiant, en absolvant (dans une certaine mesure) l'époux qui, surprenant sa femme en flagrant délit, la tue et tue son amant, elle le traite comme un véritable crime, un crime d'une nature toute spéciale, un attentat qui met le mari dans la situation d'un homme qui tue pour sa légitime défense : il faut avouer que décréter la peine de mort contre des délinquants qui, selon un autre texte, ne sont passibles que d'une amende ou tout au plus de quelques mois de prison, constitue une singulière et atroce façon de comprendre la justice ! Cette contradiction est inouïe, mais elle existe.

On dira que la passion ne raisonne pas, que l'outrage fait voir rouge, et que les gens passionnés ne considèrent que leur vengeance. Mais depuis quand est-il permis de se faire justice à soi-même ? Pourquoi, si la vie humaine est inviolable, accorder au mari ce droit

exorbitant de donner la mort à deux de ses semblables ? Pourquoi, alors que la peine de mort n'est pas inscrite dans nos lois en matière d'adultère, la ressusciter en faveur du mari et lui reconnaître en quelque sorte ce droit à l'assassinat ? N'est-il pas véritablement terrible de porter une pareille dérogation à cette loi fondamentale de toute société : tu ne tueras point ?

Cette excuse qu'établit la loi et qui se trouve si témérairement aggravée encore par la coupable timidité des jurés chargés de l'appliquer, est à la fois dangereuse et inutile. Dangereuse, parce qu'elle peut être un encouragement au meurtre, parce que le mari se sent à l'avance protégé et couvert par cette excuse légale qu'il prévoit et qu'il escompte peut-être. Inutile et sans raison d'être depuis que le divorce est entré dans notre législation. « La justice humaine, disait naguère M. Alexandre Dumas fils — c'était avant la loi de 1884 — ne ferait-elle pas mieux d'autoriser, d'exiger le divorce ? Le mari accompagné d'un magistrat constaterait le délit, et, sinon sans colère, du moins sans meurtre, il dirait à la loi : voici une femme qui ne m'aime pas, qui aime ce monsieur en chemise que vous voyez là, et qui est aimée de lui, puisqu'ils sont en train de donner ou de promettre la vie à un troisième individu dans lequel ils revivront, et qu'ils aimeront aussi, probablement. Débarrassez-moi de madame et débarrassez-la de moi. Qu'elle épouse monsieur, qu'ils légitiment leur petit : cela vaudra mieux que de me forcer à tuer madame, monsieur et le germe en question, qui, en sa qualité d'enfant de l'amour, sera peut-être un grand homme,

comme d'Alembert et le beau Dunois. » (1) Et M. Dumas ajoutait ailleurs : « il est évident qu'étant donnée la société actuelle, le divorce, dans une multitude de cas, est devenu pour ainsi dire indispensable, et qu'il vaut mieux rétablir le divorce dans la loi que d'être forcé d'admettre le meurtre dans les mœurs. » (2)

Aujourd'hui que le rétablissement du divorce est un fait accompli, le mari qui tue sa femme surprise en flagrant délit d'adultère n'a plus d'excuse, et le maintien de l'article 324 devient absolument illogique et anormal. Car de quel droit un mari tue-t-il sa femme, alors qu'il peut s'en séparer complètement, la répudier, la chasser de sa vie ? Et s'il prétend se faire justice et s'arroger un privilège que la loi naturelle lui refuse, n'a-t-on pas le droit de dire qu'il n'a agi que par colère, par vengeance et par orgueil ?

Une dernière considération me paraît avoir été admirablement mise en lumière par M. Paul Ginisty, dans le journal le *XIX^e Siècle* : « C'est le prétexte de beaux effets oratoires, dit-il. Mais la vérité vraie est que, au contraire, le mari qui se venge violemment, qui donne lieu à un procès retentissant, est surtout coupable vis-à-vis de ses enfants. C'est sur eux que rejaillira le scandale, ce sont eux qui porteront la peine véritable de ces débats pénibles. A l'âge où ils pourront raisonner et réfléchir, il est possible qu'ils jugent sévèrement leur père, qui aura fait peser sur leur vie une irrémédiable tristesse en étalant au grand jour la faute de leur mère.

(1) *L'Homme-Femme*, p. 103.

(2) *Ibid.* p. 97.

» Quand il n'y a pas d'enfants, c'est affaire au mari, ne relevant que de sa conscience, de défendre son honneur comme il l'entend. Mais le cas n'est pas le même quand il y a des innocents qui doivent être d'autres victimes de ces lamentables éclats. Et leur avenir à eux, est-ce qu'on ne devrait pas y songer ? Ces pauvres petits ont désormais un nom lourd à porter. Il n'y a pas de légitime fureur qui tienne devant les conséquences, navrantes pour eux, d'un procès qui atteint les proportions d'une cause célèbre. La vérité, on réussira quelque temps à la leur cacher : mais il viendra un jour où ils la connaîtront, et quelle sera alors leur amertume et leur douleur ! Les comptes-rendus de l'affaire qui alimentent la curiosité des blasés, ils les liront anxieusement, les ayant recherchés dans des collections de journaux, et leur existence sera empoisonnée par ces souvenirs !

» Admettons qu'un mari outragé ait le droit de se venger par un meurtre, encore que cette théorie ne soit plus soutenable aujourd'hui. Mais qui lui donne le droit de faire retomber la trahison de la coupable sur la tête des pauvres êtres voués maintenant à une triste célébrité et autour desquels flottera toujours une légende fâcheuse ?

» Les enfants doivent être sacrés, et c'est à eux qu'il faut penser, avant tout ; avant la satisfaction des ressentiments les mieux fondés, avant l'égoïste souci du châtiment. Le véritable homme de cœur est celui qui trouve la force de se soumettre à cette règle de conduite et qui puise dans son affection paternelle la raison de ne pas céder à la fougue de ses sentiments. Celui-là, qui oserait l'accuser de faiblesse ? ... »

Ayant donné notre appréciation sur l'excuse légale adoptée par le Code pénal en faveur du mari, nous devons maintenant déterminer dans quelles conditions elle peut s'appliquer.

Aux termes de l'article 324 même, il faut, pour que le meurtre de l'épouse adultère et de son complice soit excusable, la réalisation de deux conditions :

1° Il faut que le mari ait surpris les coupables dans le domicile conjugal. (1) Nous avons précédemment indiqué ce qu'il faut entendre par le domicile conjugal et nous ne pouvons que nous en référer sur ce point aux explications déjà données. — Une seule question prend naissance sur ce point : après la séparation de corps prononcée entre les époux, lorsqu'un domicile séparé a été attribué à la femme, le flagrant délit surpris dans ce domicile excuserait-il encore le mari ? Nous ne le pensons pas : la maison habitée par la femme ne constitue pas réellement le domicile conjugal, non plus, nous l'avons dit, que le domicile occupé par le mari tout seul. (2) Mais pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce et jusqu'au jour où le jugement est prononcé, le domicile du mari est le domicile conjugal. (3)

2° Il faut que le meurtre soit commis par le mari au moment même où il surprend les coupables en flagrant délit. Si l'on veut comprendre ce que le législateur entend ici par flagrant délit, il faut se reporter à définition donnée par l'article 41 (§ 1) du Code d'Instruction Criminelle : « le flagrant délit est celui qui se

(1) Cass. 25 janvier 1872. D. P. 72, 1, 48.

(2) Chauveau et Hélie, n°s 1470 et 1471.

(3) Cass. 17 août 1883. D. P. 87, I, 47.

commet actuellement ou qui vient de se commettre. » Il faut donc et il suffit que l'acte porte en lui-même la preuve complète de l'infidélité : il n'est pas nécessaire que le mari ait été témoin de la consommation de l'acte, dès lors que les coupables ont été surpris dans une situation qui ne laisse aucun doute que l'adultère va se commettre ou vient d'être commis. Ce que la loi prétend excuser, c'est le mouvement de colère et d'indignation auquel peut céder le mari au moment où il se rend compte de l'infidélité de l'épouse. Aussi y a-t-il lieu de tenir un grand compte des faits et des circonstances. Par exemple, le mari qui s'est précipité hors de la chambre pour chercher une arme et revient aussitôt accomplir sa vengeance, reste excusable, parce qu'il n'a pas cessé d'agir sous l'influence de la passion instantanée. Au contraire, le mari qui, ayant surpris les coupables, les a enfermés et ne les a mis à mort que longtemps après, ne saurait invoquer l'excuse et rentrerait dans le droit commun ; de même le mari demeure encore inexcusable s'il a obéi à des mobiles étrangers à l'adultère et s'il ne s'est servi de ce prétexte que pour colorer un homicide voulu pour d'autres raisons. Que décider dans le cas où le mari s'est caché pour surprendre les coupables ? Une distinction s'impose : si le mari s'est caché, étant déjà sûr de la faute, et dans le but unique de la punir, il est coupable d'assassinat ; (1) mais s'il a voulu seulement épier ce qui allait se passer, et, qu'à la vue de l'outrage il n'ait pu maîtriser sa colère, il reste excusable.

(1) Cass. 11 juillet 1841. S. 44, I, 777. — C. Lyon, 3 janvier 1845, S. 1845, II, 547.

L'excuse subsiste-t-elle encore lorsque le mari a employé l'aide d'un tiers ? Elle subsiste pour le mari, mais non pour ses complices : l'outrage en effet est et reste personnel ; l'excuse également. L'excuse ne se communique donc, à plus forte raison, ni aux parents, ni aux amis, qui, en l'absence de l'époux, auraient vengé l'injure à lui faite par sa femme. Le Code pénal Sarde s'est montré plus large sur ce point ; il porte en effet que « l'homicide volontaire sera puni de l'emprisonnement dans les cas suivants : 1° s'il a été commis par l'un des époux sur l'autre ou sur le complice au moment où ils sont surpris en flagrant délit d'adultère ; 2° s'il a été commis par le père ou par la mère sur la personne de leur fille ou sur son complice ou sur tous les deux au moment où ils les surprennent dans leur propre maison en état de fornication ou d'adultère flagrant. » Notre Code pénal n'a pas admis que les parents de la femme aient le droit de se trouver offensés par l'adultère de celle-ci ; mais la pratique est allée au-delà de la loi et les annales des Cours d'Assises nous offrent des exemples nombreux d'acquittalment en pareille circonstance. (1)

Une question délicate s'est présentée : le mari tue sa femme surprise en flagrant délit, mais il est, de son côté, convaincu d'avoir entretenu une concubine au domicile conjugal : peut-il encore invoquer l'excuse légale ? Cela ne saurait être admis ; l'article 324 renvoie à l'article 336 ; or ce dernier retire au mari qui entretient une concubine au domicile conjugal la faculté de poursuivre l'adultère de sa femme, les deux dispositions sont unies entre elles par un lien indestructible. Il est d'ailleurs

(1) Hélie et Chauveau, n° 1463.

assez naturel que le mari, ne pouvant faire punir l'adultère, n'ait pas le droit de le punir lui-même.

L'excuse légale établie par la loi en faveur du mari peut-elle être étendue à la femme qui tue son mari en flagrant délit d'infidélité? Chauveau et Hélie enseignent l'affirmative et ne voient dans le silence de la loi qu'un oubli involontaire du législateur. (1) Cependant, nous rangeant à l'avis de M. Villey, nous refusons ce droit à la femme. Il est impossible à l'interprète de combler une lacune de la loi; et d'ailleurs un oubli paraît bien difficile à admettre si on compare les deux alinéas de l'article 324: l'un décrétant expressément l'excuse en faveur des deux époux dans une hypothèse générale: « Le meurtre commis par l'époux sur l'épouse ou par celle-ci sur son époux, n'est pas excusable, si la vie de l'époux ou de l'épouse qui a commis le meurtre n'a pas été mise en péril dans le moment même où le meurtre a eu lieu » (art. 324 § 1); l'autre, immédiat, ne s'occupant, au cas d'adultère, que du meurtre commis par le mari: « dans le cas d'adultère, prévu par l'article 336, le meurtre commis par l'époux sur son épouse, ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale, est excusable » (art. 324, § 2). L'intention de la loi d'établir ici une nouvelle différence entre le mari et la femme, nous paraît certaine et indiscutable; mais nous ne nous chargeons pas de la justifier. L'injure faite à la femme n'est certes pas moins grave que celle faite au mari. Elle constitue même une lâcheté plus grande de la part du mari. La femme ressent-elle moins vivement l'outrage qui lui est fait? Pourquoi

(1) Hélie et Chauveau, n° 1472,

donc exiger d'elle un sang-froid et une liberté d'esprit dont on dispense le mari? Pourquoi deux poids et deux mesures? Devant la gravité de l'offense et la culpabilité de l'agent, le même traitement doit être appliqué; aussi ne pouvons-nous, ici encore, que blâmer cette injuste et choquante inégalité imposée par le Code. (1) La législation Belge de 1867 a été mieux inspirée en accordant indifféremment le bénéfice de l'excuse à la femme et au mari.

L'article 324 ne vise que le meurtre : les coups et blessures portés par le mari à sa femme et au complice ne sont-ils pas excusables? La majeure partie des auteurs étendent l'article 324 aux coups et blessures, pour cette raison que les coups et blessures, étant moins graves que le meurtre, doivent *a fortiori* profiter du bénéfice de l'excuse. Ce système nous paraît inexact et nous préférons suivre la solution contraire indiquée par un arrêt de la cour d'Alger en date du 3 mai 1879. (2) En effet, l'article 321 du Code pénal pose en principe que « le meurtre ainsi que les blessures et les coups sont excusables, s'ils ont été provoqués par les coups ou violences graves envers les personnes; » et l'article 324, restreignant la portée de ce texte en ce qui concerne le meurtre, ne parle de coups ou de blessures ni dans son premier ni dans son second paragraphe; l'article 321 conserve donc toute sa portée à l'égard des époux au cas où il s'agirait de coups ou blessures. D'autre part, dit l'arrêt, « on ne saurait suppléer par analogie au silence de la loi en matière d'excuse légale, qui est une

(1) Garraud, tome II. n° 139.

(2) D. A. Supplém. V°, Adultere n° 102, note 1.

dérogação au droit commun. » Maintes fois d'ailleurs, dans les comptes-rendus judiciaires des journaux, nous avons pu voir les tribunaux correctionnels refuser le bénéfice de l'excuse aux maris coupables de coups et blessures. Il nous souvient que dernièrement le tribunal de la Seine avait à juger un mari qui, ayant surpris sa femme en flagrant délit, lui avait tranché le pouce d'un coup de rasoir : et le tribunal, sans s'arrêter à l'excuse légale invoquée, condamna à six mois de prison ce mari-rasant.

Quel est l'effet de l'excuse, lorsqu'elle est admise par la loi ? C'est de réduire la peine et de n'en faire qu'une peine correctionnelle, conformément à l'article 326 du Code pénal. « Lorsque le fait d'excuse sera prouvé, s'il s'agit d'un crime emportant la peine de mort, ou celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation, la peine sera réduite à un emprisonnement d'un an à cinq ans ; s'il s'agit de tout autre crime, elle sera réduite à un emprisonnement de six mois à deux ans. Dans ces deux premiers cas, les coupables pourront de plus être mis, par l'arrêt ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. » Depuis la loi du 27 mai 1885 (art. 19) la surveillance de la haute police est remplacée par l'interdiction de séjour. Nous savons que les cours d'assises subsistent facilement à cette peine — pourtant réduite — l'acquiescement pur et simple.

Une question se présente encore à ce sujet : le complice surpris en flagrant délit et violemment attaqué par le mari, voit sa vie en danger ; il se défend et tue lui-même le mari. A-t-il droit à l'excuse tirée de la légitime défense ? Non, dit une première opinion : car ce serait, sous le pré-

texte de la légitime défense, lui accorder le droit de tuer le mari après l'avoir outragé dans son honneur le plus cher. Ce serait l'autoriser à venir en armes et lui permettre d'employer les moyens les plus odieux pour assurer l'impunité et la continuation de sa faute. Le complice, au contraire, doit s'attendre à toutes les conséquences de son action infâme : « il en prend sur lui toutes les suites, dit Jousse, et s'en rend responsable. » Autre raison : si le mari, laissant de côté le complice, ne s'attaque qu'à la femme, le complice pourrait donc encore lui venir en aide et réclamer le bénéfice de l'article 328, qui s'applique à la défense légitime d'autrui ? — Nous croyons, malgré la haute moralité de ces arguments, que le complice pourra réclamer le bénéfice de l'excuse de légitime défense. En effet, l'article 328 du Code pénal est formel et il n'y est fait en cette matière aucune espèce d'exception : « il n'y a ni crime ni délit lorsque l'homicide, les blessures et les coups étaient commandés par la nécessité actuelle de la légitime défense de soi-même ou d'autrui. » Où donc est le texte qui annule cette disposition précise et générale ? D'ailleurs, il ne faut pas croire que la loi donne au mari le droit de tuer le complice, elle le déclare seulement excusable ; et c'est faire une fausse application des intentions du législateur que de prononcer l'acquittement du mari justicier. Si l'homicide que celui-ci commet n'est qu'excusable, c'est donc que le complice, quels que soient ses torts, a le droit de résister et de défendre sa vie.

Résumons brièvement les critiques que nous avons, au cours de cette étude, formulées sur notre système pénal

en matière d'adultère, et nous verrons par là ce qui doit subsister des articles du Code. Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons déjà dit relativement à l'abolition des peines contre l'adultère : il est clair que la réforme que nous réclamons en ce sens couperait court à toutes les autres difficultés. Restons sur le terrain même et dans les conditions où s'est placé le législateur.

Les articles 337, 338 et 339, traitent d'une façon toute différente l'adultère du mari et l'adultère de la femme : celui-ci est toujours et dans tous les cas sévèrement châtié ; celui-là (et encore faut-il qu'il ait été consommé avec une concubine entretenue dans la maison conjugale) n'est frappé que d'une peine insignifiante. C'est là une révoltante injustice contre laquelle nous avons protesté. « La loi, dit M. Legouvé, (1) uniquement préoccupée de l'ordre public, a institué, non pas seulement l'inégalité des peines entre les deux adultères (cette inégalité est une injustice, car les deux fautes sont égales) mais l'impunité pour le mari, ce qui est une iniquité. Qu'est-il arrivé ? C'est qu'en ne prenant souci que de l'ordre, elle a immolé l'ordre lui-même. » Ces textes sont donc condamnés à disparaître, quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur la question. Si l'on est partisan de notre système, ils disparaîtront avec les autres dispositions pénales. Sinon, c'est-à-dire si l'on est partisan d'une qualification plus sévère de l'adultère et par suite d'une aggravation de peine, ils disparaîtront pour faire place à des articles établissant l'égalité entre les époux en même temps qu'une sévérité plus grande.

(1) Legouvé, *Histoire morale des femmes*, p. 184.

L'article 336, en attribuant à l'époux outragé seul le pouvoir de mettre en mouvement l'action pénale et en supprimant la poursuite criminelle au cas où les deux époux seraient également coupables, n'est pas plus applicable et plus facile à justifier. D'une part, en effet, donner à un particulier, et — qui pis est — à celui qui certainement est le plus mauvais juge au point de vue social, parce qu'il ne peut pas considérer le fait avec le calme et l'impartialité d'un justicier, le droit d'apprécier et de faire poursuivre le délit, voilà une chose absolument anormale et contraire aux principes de la loi pénale. D'autre part, que penser d'une loi qui déclare que, si l'un des époux est coupable, il faut le condamner, mais que, si les époux sont coupables tous les deux, il n'y a plus de délit, plus de poursuite et plus de répression ? « Voilà, dit fort justement M. Coulon, (1) de l'immoralité s'il y en a eu jamais : le pire est que cette immoralité est légale et qu'il en rejaillit une certaine honte sur la justice et par suite sur la société. »

Enfin nous avons essayé de démontrer la nécessité de l'abrogation de l'article 324, que M. Bedel qualifie d'« exception terrible à ce principe que nul ne doit se venger lui-même » (2) — « Cette loi, écrivait tout récemment M. Alexandre Dumas, cette loi que je trouvais triste et misérable au temps où le divorce n'existait pas, je la trouve bien plus anormale et bien plus monstrueuse maintenant que le divorce est rétabli. »

Quelle conclusion se dégage nettement de cette analyse rapide ? C'est que les textes du Code de 1810 ne

(1) Coulon. — Le Divorce et l'Adultere, p. 57.

(2) Traité de l'Adultere, p. 107.

sont plus en rapport avec le temps où nous vivons et les mœurs qui nous entourent, et qu'une réforme s'impose relativement à la répression pénale de l'adultère. Nous verrons si le législateur a été plus heureux et mieux inspiré en ce qui concerne la sanction civile de l'adultère.

CHAPITRE II.

CONSÉQUENCES CIVILES DE L'ADULTÈRE.

Nous avons successivement à examiner : 1° les conséquences civiles à l'égard des époux ; 2° les conséquences civiles à l'égard des enfants nés de l'adultère.

SECTION I^{re}. — *Conséquences civiles de l'Adultère à l'égard des Epoux.*

5 Paragraphes : 1° le divorce et la séparation de corps ; 2° le sort des libéralités faites aux époux ; 3° la dette alimentaire entre les époux ; 4° les dommages-intérêts dûs à l'époux outragé ; 5° les autres effets civils de l'adultère.

§ 1. — *Le Divorce et la Séparation de Corps.*

La sanction civile la plus directe et la plus normale de l'adultère c'est le divorce — ou la séparation de corps — permettant à l'époux outragé de rompre une

union mal assortie et de renvoyer son conjoint infidèle. Aux termes des articles 229 et 230 du Code civil : « le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme ; la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari ; » et l'article 306 ajoute : « dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce, il sera libre aux époux de former une demande en séparation de corps. » Voilà donc le Code civil en contradiction flagrante avec le Code pénal : l'un autorisant le divorce pour simple adultère du mari ; l'autre exigeant, pour la répression criminelle, l'entretien de la concubine au domicile conjugal ! Comment peut s'expliquer cette contradiction ? Dans le texte du Code civil ancien, l'article 230 portait que : « la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune. » La solution était parallèle et conforme à celle de la loi pénale.

Ici encore se manifestait clairement l'étroitesse d'esprit du législateur de 1804 : il introduit le divorce dans la loi, voilà un pas en avant de fait dans la direction des réformes ; mais il s'empresse de faire immédiatement un pas en arrière, en maintenant, même en matière civile, ce principe inique et révoltant qui s'appelle l'inégalité de l'homme et de la femme devant la faute.

Lorsqu'il fut question de rétablir le divorce, les promoteurs de la loi de 1884, sentant quelle avait été, en cette matière, l'erreur de leurs devanciers, voulurent, en attendant une refonte nécessaire du Code pénal, supprimer cette inégalité dans le Code civil. La Chambre des Députés, dans sa séance du 15 juin 1882, repoussa un amendement tendant à reproduire intégral-

lement le texte adopté par le Code civil; au Sénat, la commission, ayant proposé de s'en référer au Code civil, obtient d'abord gain de cause, mais, en seconde lecture, dans la séance du 20 juin 1884, le Sénat, sur la proposition de MM. Demôle et de Pressensé, revient sur son premier vote et adopte le texte définitif conférant à la femme le même droit qu'au mari de réclamer le divorce pour cause d'adultère de son conjoint. A cette équitable solution on objectait que le Code prévoit deux espèces de causes de divorce : des causes péremptoires, qui dispensent de tout débat, et des causes laissées à l'appréciation souveraine du juge : l'adultère de la femme, disait-on, ne peut pas ne pas être une injure grave pour le mari ; ce sera donc toujours et dans tous les cas une cause péremptoire de divorce ; quant à l'adultère du mari, il ne saurait avoir pour conséquence forcée et inéluctable la dissolution de l'union conjugale que si le mari a entretenu une concubine dans la maison commune ; sinon le juge sera libre de prononcer le divorce, s'il estime que dans l'espèce qui lui est soumise il y a eu injure grave vis-à-vis de la femme. (1)

A cet argument habile et assez spécieux, M. Naquet avait répondu par avance dans son exposé des motifs (2) : « la suppression des mots : — entretien d'une concubine au domicile conjugal — me paraît, disait-il, éminemment morale. Non seulement, en effet, il y a dans ces mots affirmation d'une inégalité choquante et inutile entre les deux sexes, il y a encore un demi encourage-

(1) Discours de M. Labiche, rapporteur au Sénat du projet de loi.

(2) Proposition déposée le 21 mai 1878. — Exposé des motifs.

ment accordé à l'adultère du mari. D'ailleurs, les tribunaux, dans les procès en séparation, réagissent, autant qu'ils le peuvent, contre cette disposition qui n'est plus de notre époque. Au point de vue légal, c'est là un abus ; au point de vue moral, c'est une réaction de la jurisprudence contre une disposition de loi inacceptable qu'il importe de faire disparaître. » Et M. Demôle disait fort justement : « la publicité donnée à un adultère et surtout la connaissance que la femme peut en avoir en font l'injure la plus cruelle et la plus poignante qu'une femme puisse ressentir. Quand la mère de famille, quand la femme, après avoir été outragée dans des conditions telles qu'elle ne pourra plus pardonner, que la vie commune deviendra insupportable, que l'éclat de l'adultère est assez grave pour rendre la cohabitation du foyer commun dangereuse au point de vue des enfants ; quand, par conséquent, elle viendra dire au juge : séparez moi de corps ou prononcez le divorce, est-il bon que le juge substitue son appréciation particulière à cette judicature de famille ? » Nous ne pouvons que nous associer à ces éloquentes paroles : la modification qu'elles ont amenée dans notre Code est un premier pas dans la voie de la justice. Souhaitons que le législateur ne s'arrête pas après ce premier effort.

L'adultère est donc aujourd'hui dans tous les cas une cause péremptoire de divorce ou de séparation de corps.

S'il y a eu un jugement correctionnel condamnant le coupable, le divorce pourra être prononcé *de plano* sans aucune difficulté. Mais faute d'un pareil document, absolument irréfutable, quelle preuve sera admise ? Ce sera la preuve de droit commun, c'est-à-dire la preuve par

témoins ou par présomptions ; l'aveu pourra aussi être considéré comme un élément, à la condition qu'il soit fortifié par d'autres moyens de preuves.

La connivence du mari ne saurait, pas plus qu'au point de vue pénal, empêcher le divorce d'être prononcé contre la femme adultère. Cependant il est généralement admis que, si le mari a été réellement la cause ou le promoteur des désordres de sa femme, sa demande doit être repoussée comme mal fondée. Il a été décidé, par exemple, qu'une demande en divorce pour cause d'adultère n'est point recevable de la part du mari qui aurait laissé sa femme dans une maison isolée, loin de lui, et dans une société dangereuse pour les mœurs de celle-ci. (1)

Une solution fort intéressante, visant un cas assez particulier, a été donnée tout récemment dans le même sens par la Cour de Paris : la femme — a décidé l'arrêt dont nous parlons — qui connaissait les relations de son futur mari avec une autre femme et qui a consenti, stipulé même que ces relations continueraient après son mariage, ne peut prétendre trouver dans l'adultère de son mari une cause péremptoire de séparation. De même, le mari est non recevable à demander le divorce contre sa femme en se basant sur des griefs tirés de l'inconduite de celle-ci, alors qu'il est établi qu'en se mariant il connaissait le passé de sa femme et l'origine de sa fortune, et que, dans ces conditions, il a consenti à ce qu'elle conservât une habitation distincte de la sienne. Il ne pouvait se méprendre, en effet, sur les con-

(1) C. Paris, 6 avril 1811. D. A. V^o Séparation de corps, n^o 468.

séquences que cette situation pouvait entraîner au point de vue de la fidélité conjugale, et il ne saurait dès lors invoquer la protection que la loi, dans une pensée de haute moralité, accorde et promet aux époux respectueusement soumis aux règles et aux devoirs du mariage. (1)

Lorsque les deux époux se sont l'un et l'autre rendus coupables d'adultère, la demande en séparation de corps ou en divorce, formée par l'un d'eux, doit-elle être repoussée ? Oui, dit une première opinion. En effet, l'article 336 du Code pénal décide que le mari qui a lui-même entretenu une concubine au domicile conjugal ne pourra dénoncer l'adultère de sa femme : il y a là une règle expressément et formellement posée par la loi, règle qu'on peut d'autant moins écarter qu'elle constitue une exception manifeste à ce principe du droit criminel que les délits ne se compensent pas. Le législateur a voulu créer une situation particulière à l'égard des époux respectivement coupables l'un envers l'autre. Et cette solution est si bien celle que recherche le législateur que toute autre solution conduirait à des conséquences absolument en contradiction avec la loi : plaçons-nous sous l'empire du Code civil et supposons que le mari intente une demande en séparation contre sa femme : si la femme n'a pas le droit d'opposer à cette action une fin de non recevoir tirée de l'adultère même de son mari, il est incontestable qu'en vertu de l'article 308 du Code civil le mari pourra, aussitôt la séparation prononcée, faire condamner sa femme à une peine cri-

(1) C. Paris 18 juillet 1893. Gazette du Palais, août 1893, p. 192.

minelle ; et c'est précisément ce que le législateur a voulu empêcher. D'ailleurs, ajoute-t-on, si on n'admettait pas cette fin de non recevoir, si on décidait que la séparation sera prononcée au profit de celui qui l'a demandée, ce serait véritablement en faire le prix de la course. Enfin, au point de vue moral, pourquoi favoriser plutôt l'un des époux que l'autre, pourquoi écouter le mari qui se plaint alors qu'on se refuserait à l'écouter s'il avait prostitué sa femme ? (1)

Quelques arrêts ont sans doute consacré cette manière de voir ; mais il ne faut voir là que des décisions d'espèces et de circonstances. La jurisprudence s'est en effet prononcée, d'une façon à peu près unanime, dans un sens absolument opposé : le principe est que l'adultère est une cause de séparation, et que l'époux outragé a toujours le droit d'obtenir la séparation, — toujours, à moins qu'un texte ne vienne formellement lui retirer ce droit. Ce texte existe-t-il ici ? Oui, disent les partisans de la première théorie, et c'est l'article 336 du Code pénal. Mais l'article 336 ne s'occupe que du point de vue criminel : il est vrai qu'il serait mal séant au mari, lui-même coupable, de venir réclamer une condamnation contre sa femme, mais ce n'est plus la question ; l'article 336 n'interdit pas l'action civile, il ne rend pas irrecevable quand il s'agit uniquement de rompre la vie commune, et, comme le dit un arrêt, « on ne peut conclure de l'action pénale à l'action civile, puisque pour l'une il y a un texte de loi précis, et que pour l'autre il n'y en a point. » Dira-t-on que de cette

(1) Garraud, t. IV, n° 522, note 9.

solution découle cette conséquence que le mari qui a favorisé l'adultère de sa femme, pourra aussi demander la séparation ? La situation est bien différente : car l'adultère est surtout une cause de séparation parce qu'il constitue un outrage pour le mari ; le mari complice ne peut pas se dire outragé, et les tribunaux apprécieront s'il n'y a pas eu là une réconciliation anticipée, ou, pour mieux dire, une renonciation volontaire, une remise prématurée.

La solution logique et sensée, c'est que chacun des époux puisse demander la séparation, chacun d'eux devant gagner et perdre en partie. Mais dire que les torts réciproques de chaque époux se compenseront, c'est aussi absurde que de dire que deux offenses se compensent, que deux vols se compensent : c'est plutôt tout le contraire, et de cette double faute il naîtra une double action et une double cause de divorce, car, on l'a dit, lorsque le lit conjugal est souillé par les deux époux, la vie commune n'est pour eux qu'un enfer, et pour la société qu'un scandale. (1)

Après trois ans, l'époux outragé ne peut plus dénoncer au criminel l'adultère de son conjoint ; a-t-il, par cela même, perdu le droit de réclamer pour cette cause la séparation de corps ou le divorce ? Aucun texte ne lui enlève ce droit, et c'est justice, car il ne faut pas qu'il pâtisse de sa générosité ; il a pu reculer naturellement à faire condamner correctionnellement son

(1) C. Aix, 14 mars 1843. D. A. Séparation de corps, n° 194. — Cass., 4 décembre 1855. — D. P., 56, I, 257. — 30 mars 1859, D. P. 59, I, 466. — Nancy, 3 juin 1869., D. P. 69, II, 230. — Cass., 18 janvier 1881. — D. P. 81, I, 125. — Marcadé, t. I., p. 769. — Demolombe, t. IV, n^{os} 415 et 416. — Laurent, t. III, n° 214.

conjoint en considération de son nom, en considération de ses enfants ; ce n'est pas une raison pour lui retirer le droit de demander la cessation de la vie commune. Mais le juge aura à examiner s'il n'y a point eu, en fait, réconciliation entre les époux, et pour cela, il pourra tenir compte de la date plus ou moins reculée des faits d'adultère.

Lorsque le divorce a été prononcé entre les époux, ceux-ci ne pourront-ils pas, par la suite se réunir et reprendre la vie commune ? L'article 295, tel que l'avait conçu le législateur du Code civil, était absolument intransigeant : « les époux qui se divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir. » Cette sévérité impitoyable avait pour but, selon Treilhard, d'empêcher que les époux « ne regardent l'usage du divorce comme une simple occasion de se soumettre à des épreuves passagères pour reprendre ensuite la vie commune quand ils se croiraient suffisamment corrigés. » Alors qu'arrivait-il ? Qu'il y avait moins de divorces et que les époux une fois séparés ne se revoyaient plus et vivaient à tout jamais éloignés ? Nullement : cette prohibition ne les empêchait pas de se réunir ; seulement, au lieu de se remarier, ils vivaient en concubinage. Aussi la loi de 1884 a remédié dans une sage mesure à cet inconvénient, et l'article 295 nouveau porte que, « les époux divorcés ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. Au cas de réunion des époux il ne sera reçu de leur part aucune demande en divorce, si ce n'est pour cause de condamnation. »

Mais si les époux divorcés ne peuvent que difficilement se remarier, l'époux coupable et son complice seront-ils

plus heureux et pourront-ils, pour réparer leur faute, convoler en justes noces ? Non, répond l'article 298 du Code pénal : « Dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. » On s'est parfois élevé contre cette décision qui est, au contraire, empreinte d'une haute idée de moralité. On a dit : édicter une pareille solution, c'est comme si l'on écrivait dans la loi que le scandale ne peut pas cesser et doit se perpétuer ; car empêcher les coupables de se marier c'est les contraindre à vivre en concubinage, avec cette aggravation que jamais les enfants qui naîtront de leur liaison ne pourraient être légitimés par un mariage subséquent. Cela est vrai, mais on peut formuler la même objection contre tout empêchement au mariage et l'argument par suite n'a rien de convaincant. — « Je suis persuadé, a dit un autre, que les séducteurs qui auront en perspective le mariage avec leur complice se laisseront en temps utile arrêter par un esprit de sage et prudente réserve. Il y a plus, et, si la chose était possible au point de vue légal, il faudrait dispenser les complices d'adultère de toute condamnation quand ils se marieraient. » Raison plaisante et spirituelle, mais évidemment plus paradoxale que sérieuse.

Le Tribunal qui prononce le divorce a-t-il le droit de nommer le complice de l'adultère ? Cela est évidemment nécessaire et c'est ce qui se fait couramment dans la pratique ; admettre le contraire ce serait en réalité abolir l'article 298 et obliger, en outre, le mari à un certain nombre de poursuites correctionnelles auxquelles on ne saurait l'astreindre. Il n'est donc pas indispensable que le complice ait été poursuivi et condamné, il

suffit qu'il apparaisse comme tel aux yeux du Tribunal, qui peut à cet égard se contenter des preuves du droit commun. (1) Sans doute, le complice n'étant pas partie dans l'instance, le jugement ne pourra pas lui être régulièrement opposé, mais il sera opposable à l'époux coupable et cela suffit pour empêcher le mariage et réaliser le vœu de la loi.

Le ministère public a indiscutablement le droit de s'opposer au mariage entre les deux complices. Les parents désignés par l'article 173 du Code civil, c'est-à-dire le père, et à défaut du père, la mère, ou à défaut du père et de la mère, les aïeuls et aïeules ont aussi le même droit. La question n'est controversée qu'en ce qui regarde l'époux outragé; mais la jurisprudence a nettement décidé que le mari peut mettre opposition au mariage: « attendu, dit-elle, que dénier ce droit au mari ce serait rendre illusoires les dispositions de l'article 298 du Code civil, l'intérêt du mari aussi bien que celui de la société s'unissant pour ne pas obliger le mari, en lui refusant le droit de faire opposition au mariage de sa femme divorcée avec son complice, à voir légitimer, pour ainsi dire, malgré lui, une union que le législateur, par égard pour le mari trompé et par respect pour le mariage actuellement dissous, a jugée immorale, et ce au mépris de sa dignité et de son honneur compromis par la femme coupable, et à rester, après le mariage, lui que le législateur avait investi, pendant son existence, du droit de provoquer ou d'arrêter à son gré la répression, impuissant et désarmé devant un scandale qui va, s'il ne s'y oppose,

(1) Trib. civ. Bar-sur-Seine, 18 février 1890. D, P. 91, II, 109.

se perpétuer devant lui; attendu que, par cela même que la prohibition est née du mariage, il serait singulier que le mari, le plus intéressé à en user, fût dans l'impossibilité de s'opposer à un mariage que le législateur, en réalité, n'a prohibé qu'à cause de lui, et pour sauvegarder sa dignité de mari outragé. » (1)

Supposons maintenant que ni le ministère public, ni le mari n'aient fait opposition au mariage des deux coupables. Ce mariage peut-il être annulé? Cela revient à savoir si l'article 298 contient un empêchement prohibitif ou un empêchement dirimant. Proudhon et Valette enseignent qu'il y a là un empêchement dirimant; mais la majorité des auteurs, d'accord avec la jurisprudence, admettent que l'empêchement est seulement prohibitif: c'est qu'en effet, dans une matière aussi grave, les nullités ne peuvent résulter que d'un texte formel de la loi; or ni dans le titre du mariage, ni dans le titre du divorce, le législateur n'a nulle part prononcé d'une façon expresse la nullité du mariage contracté au mépris de la prohibition de l'article 298. (2)

Il importerait peu que l'époux outragé vienne à mourir après le divorce prononcé; l'article 298, à cause de la généralité de ses termes, n'en conserverait pas moins son empire. (3)

Mais la question devient plus délicate si c'est la séparation de corps qui a été obtenue; ainsi l'époux qui a obtenu la séparation meurt; l'époux adultère peut-il se

(1) Trib. civil, Dieppe, 26 juin 1830. D. P. 92, II, 213.

(2) C. Gand, 21 avril 1888. — D. A. Supplém. V^o Divorce, n^o 561. — Trib. Anvers, 29 avril 1864. — D. P. 64, III, 45. — Trib. civ. Lyon, 27 décembre 1888. — D. P. 90, II, 365./

(3) Bruxelles, 14 mars 1865. D. A. Supplém. V^o Divorce n^o 561.

remarier avec son complice? Je crois qu'ici l'article 298 n'est plus applicable. En effet la règle qu'il impose n'est écrite que pour le divorce et n'est pas reproduite dans les textes du Code qui traitent de la séparation de corps ; l'intention du législateur est par suite évidente ; il n'a pas voulu étendre à la séparation l'empêchement au mariage qu'il avait établi pour le divorce. Et dès lors ce serait créer des incapacités en dehors de la loi, ce qui est inadmissible. Du reste les motifs ne sont pas les mêmes dans les deux hypothèses : si le mariage entre complices avait été autorisé aussitôt après le divorce, il y aurait eu là un encouragement au désordre ; tandis que, la séparation laissant subsister le mariage, il n'est pas à craindre que les époux soient incités à violer la foi conjugale par la perspective d'une prochaine union avec le complice de leur faute. (1)

§ 2. — *Sort des libéralités faites aux Epoux.*

Supposons que les deux complices se soient fait l'un à l'autre des libéralités, leur condamnation pour adultère ne va-t-elle pas être une cause de révocation de ces libéralités ? Nullement, le concubinage adultérin, quand même il serait notoire, quand même il serait prouvé par des actes authentiques, n'emporte pas, comme dans notre ancien droit, incapacité de donner et de recevoir. Ainsi la concubine d'un homme marié peut légitimement recevoir un legs de toute la quotité disponible de cet

(1) Toulouse, 10 juin 1852. D. P. 52, II, 169. — Laurent, t. III, n° 346.

homme, quand même il aurait des enfants légitimes. Il est, en effet, impossible d'admettre des incapacités que la loi n'a pas entendu établir, et c'est ce que la jurisprudence a nettement décidé. (1) Il n'y aurait plus dès lors qu'une question à examiner : celle de savoir si les libéralités existantes ne sont pas entachées d'une nullité de droit commun, par exemple s'il n'y a pas eu capitation ou insanité d'esprit. (2)

Pour la même raison, parce qu'il n'est créé dans la loi aucune incapacité à cet égard, la femme adultère conserve également sa dot.

Etudions maintenant le sort des libéralités existantes entre les époux. Et d'abord supposons que le mari n'ait pas demandé le divorce ou la séparation : les avantages matrimoniaux que les époux se sont faits dans leur contrat de mariage ne peuvent-ils pas être révoqués pour cause d'ingratitude ? La jurisprudence a décidé que ces donations entre époux sont révocables. Mais qui peut en demander la révocation ? Le mari d'abord peut-il opter entre cette révocation et l'action en séparation qui aboutit à une révocation de plein droit ? Cette option doit lui être permise ; pourquoi, en effet, n'aurait-il pas, comme tout autre donateur, le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude ? Il n'y aurait plus dès lors qu'une seule question de fait : n'y a-t-il pas eu pardon accordé à l'époux coupable ? Mais, dès lors qu'il n'est pas démontré que l'époux donateur a entendu par-

(1) C. Turin, 7 juin 1809. — D. A. V^o Dispositions entre-vifs et testamentaires, n^o 270, 2^o.

(2) C. Paris, 17 juillet 1826. S. 1829, II, 104. — C. Lyon 25 mars 1835. — S. 35, II, 241.

donner à son conjoint, il n'y a aucune raison de lui refuser le bénéfice de l'article 953 du Code civil. Les héritiers possèdent le même droit et cela est aujourd'hui hors de controverse. (1) Il a même été jugé, dans ce sens, que les héritiers peuvent opposer l'adultère d'un des époux légataire de l'autre, et faire révoquer ce legs pour cause d'ingratitude, encore que le testateur ne se soit pas plaint de l'adultère de son conjoint. Il n'y a, en effet, aucun motif pour ne pas appliquer aux héritiers l'article 957 du Code civil. (2)

Tels sont les effets de l'adultère lorsqu'il n'y a pas eu de divorce.

Il est indispensable d'indiquer rapidement les conséquences pécuniaires qui résulte pour les époux du divorce ou de la séparation.

Que deviennent les libéralités que les époux se sont faites par contrat de mariage ? La solution est très nettement indiquée dans les articles 299 et 300 du Code civil. L'époux coupable perd toutes les libéralités qui lui ont été faites : « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. » — « L'époux outragé, au contraire, conservera les avantages à lui faits par l'autre époux encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu, » et il les conserve tels qu'ils avaient été

(1) C. Caen, 30 décembre 1854. D. P. 56, II, 132. — Cass. 10 mars 1856. D. P. 56, I, 54. — Cass. 17 février 1873, D. P. 73, I, 483.

(2) Trib. Saverne, 21 juillet 1828. — D. A. V^o Séparation de corps, n^o 390, note 1.

faits, avec les caractères et les conditions qui y étaient attachés. (1)

Le droit aux gains de survie et au préciput qui appartiennent, en vertu du contrat de mariage, à l'époux qui a obtenu le divorce, n'est pas ouvert immédiatement après le jugement de divorce : l'époux le conserve seulement, mais il ne pourra l'exercer qu'après la mort de son conjoint. (2) Si les deux époux sont coupables de torts réciproques, chacun d'eux perd les avantages que l'autre lui avait faits. (3)

Il ne saurait être permis aux époux de renoncer par avance à la révocation des libéralités qu'entraîne le divorce ; prévoir le divorce dans le traité nuptial même, promettre d'avance au coupable l'impunité des infidélités qu'il commettra et abolir la peine prononcée par la loi serait chose absolument indécente et contraire à la morale.

L'époux condamné perd-il aussi les libéralités qui lui ont été faites par les parents de l'autre ? On ne saurait l'admettre en présence des termes de l'article 299 : « les avantages que l'autre époux lui avait faits. » L'intention du législateur ressort du reste de ce fait que, le Tribunal ayant proposé de reproduire une disposition de la loi du 20 août 1792 qui déclarait l'époux coupable déchu des donations à lui faites par les parents de son conjoint, cette proposition fut repoussée. Cette solution est d'ailleurs parfaitement juridique : la donation est-elle sans

(1) Demante t. II, n° 29 et suiv.

(2) Rouen, 25 mars 1846. D. P. 47, II, 27.

(3) Paris, 20 août 1862. — D. A. Supplém., V° Divorce, n° 585. — Besançon, 28 avril 1875. D. P. 78, II, 63.

cause? Non, puisqu'elle avait en vue le mariage des deux époux et que ce mariage a été célébré. Pourrait-on la révoquer pour cause d'ingratitude ou pour inexécution des conditions? Pas davantage, car d'une part ce n'est pas le donateur qui a été offensé, et d'autre part ce n'est pas vis-à-vis de lui que le donataire avait souscrit une promesse de fidélité? (1)

En second lieu, quel est le sort des libéralités que les époux se sont faites l'un et l'autre postérieurement au mariage? Nous avons vu par l'article 299 que l'époux coupable est déchu de tout droit à ces avantages. Et ici le mot « avantages » comprend non seulement les dispositions entre-vifs mais encore les libéralités testamentaires faites à l'époux condamné antérieurement au divorce. Les termes de la loi sont absolument généraux, et la révocation ayant lieu de plein droit atteint toutes ces libéralités. (2)

Mais en revanche l'époux outragé conserve-t-il les libéralités qui lui ont été à son tour faites par son conjoint? La difficulté vient de l'article 1096 qui décide que : « toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables. » Il est bien évident que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé n'aura rien de plus pressé que de supprimer les libéralités qu'il avait autrefois faites à son conjoint. Il reste à savoir si la donation existante au profit de l'époux outragé n'est pas devenue irrévocable par le fait du divorce, et, pour ma

(1) Proudhon et Valette, p. 516 et suiv.

(2) Nancy, 16 février 1850. D. P. 51, II, 54. — Lyon, 26 janvier 1861. D. P. 61, V, 440.

part, je la crois irrévocable. L'article 300 du Code civil est en effet absolument général, il n'établit aucune espèce de distinction : l'époux outragé « conservera les avantages à lui faits par l'autre époux. » Le but de cette disposition étant de conserver à l'époux les avantages dont son conjoint coupable est privé, il est nécessaire, pour que ce résultat soit atteint, qu'on ne puisse les lui ôter. C'est une disposition pénale pour l'époux coupable et compensatoire des dommages éprouvés par l'époux outragé. Si les donations entre époux sont, en principe, déclarées irrévocables, c'est une exception créée par le législateur en faveur d'une situation particulière ; mais, lorsque le divorce a été prononcé, il n'y a plus à favoriser et à privilégier un époux qui ne le mérite pas ; il n'y a, au contraire, qu'un ingrat à punir : « Il s'est placé au rang des ingrats, disait Treilhard, il sera traité comme eux. »

Les mêmes règles que nous venons d'étudier relativement au divorce doivent être étendues à la séparation de corps. L'intention du législateur a été d'offrir au demandeur une entière liberté d'option entre le divorce et la séparation de corps, et il n'a pu vouloir établir entre ces deux modes de dissolution du mariage une différence très grave et très dangereuse parce qu'elle mettrait aux prises la conscience avec l'intérêt. Du reste, s'il n'existe dans le Code aucun texte qui règle cette question, il y a lieu de remarquer que le législateur assimile presque complètement la séparation au divorce : il y a identité de motifs dans les deux cas, et l'époux séparé n'est pas mieux fondé que l'époux divorcé à conserver des avantages dont il s'est rendu indigne. Cette interprétation se fortifie par le rapprochement des articles 299 et 310 :

si l'on adoptait la non révocation, l'époux condamné pouvant au bout de trois ans demander et obtenir le divorce, aurait le droit de faire prononcer la révocation des avantages qu'il a consentis à son conjoint, et celui-ci — l'époux outragé — perdrait toutes les libéralités qui lui ont été faites ? On arriverait ainsi à la plus criante injustice. — La jurisprudence s'est fixée dans ce sens par de nombreux arrêts et notamment par un arrêt solennel rendu par la Cour de cassation, toutes chambres réunies, le 23 mai 1845. (1)

Que deviendraient toutes ces libéralités révoquées si les époux venaient à se réconcilier ? Il est de toute évidence qu'elles ne pourraient pas revivre et qu'il faudrait une nouvelle donation valable, comme si la première n'avait jamais existé. Cette nouvelle donation serait irrévocable comme la première, car elle ressuscite les clauses du contrat de mariage et elle fait disparaître les pénalités civiles qui ont été édictées par la loi contre l'époux condamné. (2)

§ 3. — *La Dette alimentaire entre les Epoux.*

C'est plutôt encore un effet du divorce qu'une conséquence propre de l'adultère. L'époux outragé a évidemment le droit d'obtenir une pension alimentaire

(1) D. P. 45, I, 225. — Bordeaux, 31 mai 1838. — D. A. V^o Séparation de corps, n^o 369. — Cassation, 10 mars 1856. — D. P. 56, I, 54. — Caen, 11 février 1880. — D. P. 81, II, 183. — Caen 29 janvier 1872. — D. P. 72, II, 159. — Trib. Civ. Seine, 12 mai 1869. — D. P. 71, V, 352. — Proudhon et Valette, t. I, p. 542 et suiv.

(2) Proudhon et Valette, t. I, p. 550.

de la part de son conjoint contre lequel le divorce a été prononcé. Cela résulte très nettement de l'article 301 du Code civil : « si les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce, le tribunal pourra lui accorder, sur les biens de l'autre époux, une pension alimentaire qui ne pourra excéder le tiers des revenus de l'autre époux. Cette pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. » On appliquera naturellement les dispositions des articles 208 et suivants relatifs aux aliments. (1) On prendra par suite en considération les besoins de l'époux demandeur et la fortune de son conjoint. Même après avoir été fixée par le jugement, la pension pourrait encore être modifiée par le tribunal : car, dit M. Laurent, « si, conformément à l'article 301, elle peut cesser avec les besoins, pourquoi ne serait-elle pas variable, pourquoi n'augmenterait-elle pas avec ces mêmes besoins, pourquoi ne diminuerait-elle pas si les besoins diminuent ? » Il en serait notamment ainsi si l'époux qui l'a obtenue convolait en secondes noces ; mais c'est là encore une question de fait et de circonstances à apprécier par les tribunaux. (2)

Ce droit de l'époux innocent à réclamer une pension alimentaire existe pareillement au cas où la séparation de corps a été prononcée : mais alors ce n'est plus sur l'article 301 qu'il peut appuyer sa réclamation, mais bien sur l'article 212 du Code civil : « les époux se doivent

(1) Demante, t. II, n^{os} 29 et suiv.

(2) C. Paris, 16 mai 1893. — D. P. 93, II, 394.

mutuellement fidélité, secours, assistance. » Le mariage en effet n'est pas dissous et les obligations qui en découlent continuent à subsister comme par le passé. (1)

L'époux contre qui le divorce a été prononcé n'a, au contraire, aucun droit qui lui permette de réclamer des secours de celui qui fut son conjoint. Le lien conjugal est complètement rompu ; le mariage avec ses devoirs et ses obligations n'existe plus. Et si l'article 301 accorde à l'époux outragé le droit de réclamer une pension alimentaire, c'est qu'il veut établir contre le coupable une sorte de pénalité civile, d'ailleurs très légitime.

Si le divorce avait été prononcé pour torts réciproques, la jurisprudence décide, conformément au principe posé par l'article 301, que le bénéfice d'une pension alimentaire ne peut être réclamé par aucun des époux. (2)

Si c'est la séparation de corps qui a été prononcée, le mariage subsiste avec le droit, même pour l'époux condamné, de réclamer des secours de son conjoint conformément à l'article 212 ; et, si l'article 301 enlève ce droit à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, cette disposition ne peut — nous venons d'indiquer pourquoi — être étendue à la séparation de corps. Mais le tribunal pourra, devra même avoir égard aux circonstances, et prendre notamment en considération la gravité des torts de l'époux adultère et les conséquences funestes qui ont

(1) Cass, 28 juin 1815. — D. A., V^e Séparation de Corps, n^o 395, — 30 août 1864. — D. P. 65, I, 69. — 7 avril 1873. — D. P. 74, I, 342. — C. Paris, 4 décembre 1875. — D. P. 76, II, 209. — Cass., 3 avril 1883. — D. P. 83, I, 335.

(2) Cass, 24 novembre 1886. — D. P. 87, I, 335. — C. Paris, 20 novembre 1886. — D. P. 88, II, 101. — C. Orléans, 30 mars 1887. — D. P. 88, V, 167. — Cass, 27 janvier 1891. — D. P. 91, I, 461.

pu en résulter pour son conjoint ; (1) et même, si l'épouse adultère qui réclame des aliments, demeurerait avec son complice, sa demande pourrait n'être admise que sous la condition de cesser cette cohabitation. (2) La même règle devrait être suivie s'il était établi que le dénûment de l'époux demandeur en aliments a précisément pour cause son inconduite. (3)

Que décider lorsque, le jugement de séparation ayant accordé une pension alimentaire à l'un des époux, la séparation se trouve, par la suite, convertie en divorce ? La solution découle des principes que nous venons de poser. Le divorce entraînant la dissolution des obligations de secours et d'assistance, il suit de là que la pension alimentaire ne peut plus subsister qu'autant qu'elle est fondée sur l'article 301, c'est-à-dire dans le cas seulement où elle est accordée à l'époux outragé. (4)

§ 4. — *Dommages-Intérêts dûs à l'Époux outragé.*

Une question fort délicate et fort discutée est de savoir si l'adultère donne au mari outragé le droit de réclamer à son conjoint coupable et au complice des dommages-intérêts. Certains auteurs lui dénie, d'une façon plus ou moins exclusive, ce droit à des dommages-intérêts.

(1) C. Aix, 18 janvier 1841, D. A. V^o Mariage, n^o 640. — C. Lyon, 16 mars 1835, D. A. ibid. — Aix, 18 avril 1871. — D. P. 72, II, 48. — Cass., 2 avril 1861. — D. P. 61, I, 97. — Grenoble 11 juillet 1863. — D. P. 65, II, 6.

(2) Aix, 18 janvier 1841, précité.

(3) Cass., 8 juillet 1850. — D. P. 50, I, 225.

(4) Cass. 24 novembre 1886. — D. P. 87, I, 335. — 4 février 1889. — D. P. 89, I, 250. — C. Paris, 14 mai 1893. — D. P. 93, II, 394.

C'est l'opinion de M. Bedel dans son nouveau *Traité de l'adultère* : (1) « la loi n'attribue pas expressément au mari le droit de demander des dommages-intérêts au complice à titre de réparation de son déshonneur, que l'argent ne réparerait pas, mais il pourrait en réclamer si l'éclat de son procès lui avait causé un dommage réel, par exemple en le forçant à changer de résidence. » M. Carnot (2) est plus absolu encore : « la loi, dit-il, n'accorde de dommages-intérêts au mari ni contre sa femme ni contre son complice, elle fait uniquement perdre à la femme les avantages que le mari lui aurait faits. » On ajoute que le préjudice causé par l'adultère est un préjudice exclusivement moral et impossible à réparer pécuniairement, parce qu'on manquerait de toute espèce de base. Enfin, dit-on, « dans l'état actuel de nos mœurs, il faut bien reconnaître qu'un mari qui chercherait à spéculer sur l'affront qu'il a subi, à se faire pour ainsi dire du déshonneur de sa femme un marchepied pour arriver à l'opulence, serait considéré comme bien peu digne d'intérêt et serait loin de jouir de l'estime générale. » (3)

La majorité des auteurs et la jurisprudence repoussent cette solution et admettent au contraire que l'époux trompé a droit à des dommages-intérêts et que ces dommages-intérêts peuvent être réclamés également aux deux coupables. (4) En effet, aux termes de

(1) P. 106.

(2) *Comment. C. Pénal*, T. II, p. 182.

(3) Loustanaud, *Thèse*, p. 192.

(4) Aix, 27 janvier 1829. — D. A. V^o Adultère n^o 125. — C. Besançon, 10 juillet 1866. — D. P. 66, II, 135. — C. Paris, 7 juillet 1882. — S. 33, II, 219.

l'article 1382 du Code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il arrive à le réparer ; le principe de responsabilité qui est posé par ce texte est absolu et général et s'applique parfaitement au préjudice occasionné à l'époux par le délit ou le quasi délit de son conjoint. Il est bien certain que l'adultère cause à l'époux qui en est la victime un grand préjudice tout à la fois matériel et moral, en le déshonorant d'une façon notoire et en détruisant le bonheur de sa vie. « Lorsque, par suite d'un duel, disent MM. Hélie et Chauveau, (1) une famille perd son soutien, son appui, la jurisprudence lui accorde des dommages-intérêts. Cependant le duel est un combat où chacun risque sa vie, celui qui se bat en duel est protégé par ce qu'on appelle le point d'honneur ; mais l'adultère qui cherche l'ombre, l'adultère qui ne craint pas de blesser un époux dans son amour-propre, sa propriété, son amour, comme l'a dit M. Monseignat, l'adultère qui viole tous les droits, qui cause un préjudice tellement grave qu'on a été jusqu'à soutenir que ce préjudice ne pouvait être réparé parce qu'il était irréparable, l'adultère qui a jeté le trouble au sein de la famille, qui a souvent armé la main de l'époux, l'adultère ne verrait pas sa fortune exposée à réparer le crime qu'il commet ! que les tribunaux sachent appliquer avec sévérité un châtiment qui paraîtra pénible, qu'ils condamnent l'adultère à des dommages-intérêts, ce sera pour la victime une triste compensation, mais il y aura privation pour le coupable. » On objecte

(1) T. IV, n° 1664.

que cette action répugne à nos mœurs : l'application de la peine suffit à la vindicte publique, répond M. Sourdat, (1) mais la personne blessée dans ses affections, dans sa réputation, a le droit d'exiger une compensation particulière, on la lui donne en argent, faute de pouvoir faire mieux. D'ailleurs c'est peut-être là une des peines les plus efficaces qu'il soit possible d'appliquer. La jurisprudence anglaise se montre à cet égard d'une sévérité particulière : en 1826, l'héritier d'une des plus grandes familles d'Angleterre fut condamné à 150,000 francs de dommages-intérêts et il n'est pas rare de voir accorder des indemnités considérables pour une simple conversation criminelle. En France, les tribunaux se sont aussi parfois — et avec raison — montrés très rigoureux. En 1837, la Cour de Poitiers prononça une condamnation en 10,000 francs de dommages-intérêts, (2) et Dalloz cite l'affaire Paillès, dans laquelle les juges accordèrent 150,000 francs de dommages-intérêts. (3)

Ces dommages-intérêts doivent tendre à réparer le préjudice tout entier — matériel et moral — éprouvé par le conjoint lésé et comprendre notamment le gain dont il peut être privé par suite des dérèglements de son conjoint et le discrédit qui peut en rejaillir sur lui ; mais l'indemnité ne saurait être plus étendue, elle ne saurait spécialement constituer ni une nouvelle peine à l'égard des coupables, ni un subside quelconque au

(1) Traité de la Responsabilité, t. I, n° 34. — Chauveau, t. IV, n° 1664.
— Morin, Répert, t. I, V° Adultère, p. 101 et 102.

(2) Poitiers, 4 février 1837. — D. A. V° Adultère, n° 36.

(3) D. A. Ibid. n° 125.

profit du mari. (1) Et les tribunaux devraient repousser les demandes présentées par esprit de lucre et de spéculation. C'est là un puissant moyen de répression et qui peut produire des résultats salutaires au point de vue de la morale et de l'ordre social, mais il ne faut s'en servir qu'avec sagesse et discrétion.

Ce droit d'obtenir réparation de tout préjudice éprouvé est tellement absolu que celui qui aurait tenu des propos outrageants pour l'honneur du mari en se vantant, par exemple, d'avoir commis adultère avec sa femme (que le fait fût ou non exact), serait passible aussi de dommages-intérêts. (2) Pareillement une femme séparée de corps — même pour adultère — et qui irait habiter dans la maison de son complice et vivre avec lui pourrait, de même que ce dernier, être condamnée à des dommages-intérêts envers son mari : car, dit la jurisprudence, la femme séparée a toujours de graves devoirs à remplir ; et en maintenant publiquement son domicile chez son complice « elle déverse sur son mari et sur ses enfants le déshonneur qu'elle assume sur elle. (3) »

Par contre, si le mari avait été de connivence avec sa femme, s'il avait favorisé l'adultère — à plus forte raison s'il l'avait préparé en attirant le complice dans la maison conjugale, — il ne serait pas admis à venir demander à celui-ci réparation de son déshonneur : un acte aussi immoral et aussi coupable ne pourrait servir de base à une demande en dommages-intérêts. (4)

(1) C. Aix, 7 juin 1882. — D. A. Supplém. V° Adultère n° 94.

(2) Besançon, 14 mars 1850. — D. P. 52, II, 150.

(3) C. Toulouse, 29 juin 1864. — D. P. 64, II, 174.

(4) C. Paris, 1^{er} mars 1844. — D. A. V° Adultère, n° 125, note 2. — Garraud, t. IV, n° 522.

Est-il permis au mari de transiger sur les suites à donner à l'adultère de sa femme ? Cette transaction, défendue en droit romain et dans l'ancien droit, est repoussée par Bedel, comme contraire aux bonnes mœurs : « il vend le pardon et ne le donne pas. » Je crois cependant que cette transaction est valable : car la loi permet de transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit (article 2046 Code civil). Et il en serait ainsi, même quand cette transaction aurait pour but d'obtenir le désistement du mari et d'éviter par suite une condamnation pénale. (1) Dès lors l'obligation souscrite au mari par le complice de l'adultère, en réparation du préjudice par lui causé, ne saurait être annulée comme n'ayant pas de cause ou comme étant basée sur une cause immorale. Cette obligation est parfaitement valable et doit être exécutée pourvu qu'elle ait été librement souscrite et qu'elle ne soit pas le résultat de la violence. (2) Dans le cas contraire, elle serait nulle. (3)

Lorsqu'une réconciliation est intervenue entre les époux, le mari peut-il néanmoins former une action en dommages-intérêts contre le complice ? La jurisprudence a répondu négativement. (4) Et voici par quelle considération un arrêt de la Cour de Grenoble justifie sa décision : « attendu que lorsqu'il s'agit de l'adultère, qui intéresse à si haut point l'honneur des familles, le légis-

(1) Cass., 20 juillet 1870. — D. P., 70, I, 333.

(2) Paris, 19 mai 1843. — D. P., 43, II, 401. — Caen, 9 avril 1853, D. P. 54, II, 30.

(3) Cass., 15 juillet 1878. — D. P. 79, I, 22.

(4) Rouen, 27 février 1859, D. P., 59, V, 18. — Grenoble, 1^{er} juin 1870. — D. P., 72, II, 163. — Cass., 1^{er} décembre 1873. — D. P. 74, I, 345. — Cass., 15 juillet 1878, S, 79, I, 393.

lateur a attribué au mari, chef de la famille, un pouvoir presque omnipotent : nulle action criminelle ne peut être intentée que sur sa demande : est-elle commencée par suite de sa plainte ? il peut l'arrêter à l'égard de sa femme par sa seule volonté, ce qui profite au complice ; il a le droit de veto et de grâce ; attendu que, lorsque le désistement de sa plainte de la part du mari, ou ce qui est l'équivalent, le pardon qu'il a accordé à sa femme par voie de réconciliation, intervient avant une décision judiciaire en dernier ressort, qui aurait déclaré constant le fait d'adultère, les monuments de la jurisprudence s'accordent à reconnaître qu'il résulte du désistement ou de la réconciliation une preuve légale que l'adultère n'a pas été commis, que le fait n'a pas existé ; attendu qu'en présence de ces principes tutélaires de la puissance maritale, du repos des familles, condamner à une réparation civile ce serait prononcer la condamnation morale de la femme et rétracter le pardon résultant de la réconciliation ».... Cela est parfaitement juste.

Cette action de dommages-intérêts que possède tout mari outragé est-elle aussi donnée à la femme dont l'époux a commis adultère ? Cela ne saurait évidemment faire de doute et la femme pourra se porter partie civile contre son mari, pourvu que préalablement elle s'y soit fait autoriser par lui-même ou par justice. (1)

L'action civile en dommages-intérêts appartient non seulement à l'époux trompé, mais encore — et très justement — à toute personne qui se trouverait lésée par le délit. Elle revient notamment aux enfants nés du ma-

(1) Paris, 26 avril 1872. — Recueil Arrêts Paris 1872, p. 356.

riage : ce sont eux qui sont les victimes les plus intéressantes de l'adultère et on comprend immédiatement quel grave préjudice en est résulté pour eux et à quelle réparation ils ont droit. Et le complice serait responsable envers eux de l'adultère lui-même et aussi de tous les événements qui l'ont suivi, et qui en sont la conséquence directe.

Une dernière question : l'époux outragé a intenté une action en dommages-intérêts, soit contre son conjoint soit contre le complice, et obtenu une indemnité ; cette indemnité tombe-t-elle dans la communauté ou doit-elle, au contraire, rester propre à l'époux à qui elle a été accordée ? Pour soutenir qu'elle doit entrer dans la communauté on présente un raisonnement très simple, mais parfaitement dépourvu de préjugés. On invoque l'article 1401 du Code civil : tous les meubles tombent dans la communauté ; or l'indemnité reçue par l'époux est un meuble ; donc elle tombe dans la communauté. La Cour de cassation, confirmant un arrêt de la Cour de Rennes, a très justement écarté ce système légèrement immoral, et lui a substitué une solution fort ingénieuse et fort juridique : cette indemnité, a-t-elle dit, n'est que la réparation du plus cruel outrage qui puisse être fait à l'honneur d'un mari, et le respect de la foi conjugale constitue le plus personnel et le plus précieux des biens ; cette réparation est donc acquise à l'époux comme un bien propre, comme une créance propre, et ne saurait être considérée comme un fruit de la communauté. D'autre part la femme est absolument irrecevable à réclamer aucune part du prix de sa faute, conformément à la maxime : « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* » La femme, principal auteur de la faute, et tenue,

par conséquent, de réparer les conséquences de cette faute, ne peut à aucun titre répéter ce qu'elle a payé ou ce qu'elle doit payer, et il est inadmissible que de débitrice elle puisse se transformer en créancière. (1)

§ V. — *Autres Effets civils de l'Adultère.*

I. — *Déchéance de la Puissance Paternelle.*

L'article 203 du Code civil, rééditant pour les parents une obligation qui incontestablement ressort du droit naturel, porte que « les parents contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Le premier devoir d'un père et d'une mère est de donner le bon exemple, et, suivant l'expression du tribun Albisson au Corps Législatif, la puissance paternelle « n'est pas à proprement parler un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré. » Quelquefois — trop souvent, hélas ! — les parents ne remplissent pas comme ils le devraient cette obligation sainte ; la loi n'a pas pu se désintéresser d'une question aussi grave, et, à juste titre, elle a investi les tribunaux d'un pouvoir d'appréciation, d'un droit de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle.

Sous le Code civil, les tribunaux ne pouvaient, faute d'un texte formel, prononcer contre les père et mère la

(1) Rennes, 22 février 1869. — Cass., 5 février 1873. — D. P., 73, I, 209.

déchéance de la puissance paternelle. (1) Mais ils avaient, par contre, le droit d'enlever aux parents la garde de leurs enfants lorsqu'ils y étaient spécialement autorisés par la loi, et même, en l'absence d'un texte, en cas de mauvais traitements ou d'inconduite notoire. La jurisprudence, presque unanime, décidait que, dans le cas où le foyer domestique se trouve transformé en un lieu de débauche et de corruption, les juges pourraient intervenir pour protéger les enfants. (2)

Pour couper court à toute espèce d'incertitude, le législateur songea enfin à s'emparer de la question et à la réglementer d'une façon précise : de cette idée est née la loi du 24 juillet 1889, « sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. » Un premier projet fut présenté au Sénat, le 27 janvier 1881, par MM. Roussel, Béranger et Dufaure : « nous ne comprenons guère aujourd'hui, disait-il, l'autorité du père sans la dignité, sans la responsabilité sentie, sans la sollicitude pour l'intérêt de l'enfant. Ce droit, si terrible dans l'antiquité, est avant tout pour nous un ensemble de devoirs. En dehors de ces notions épurées, la puissance paternelle ne saurait plus être considérée comme une des colonnes de l'ordre moral et social. » (3) Un second projet fut déposé par le Gouvernement, le 8 décembre de la même année. Celui-ci, comme le premier, visait d'une façon précise le cas où une condam-

(1) Cassation, 3 mars 1856. — D. P. 56, I, 290.

(2) Cassat. — Ibid. — 15 mars 1864. — D. P. 64, I, 301 ; 27 janv. 1879, D. P. 79, I, 223. — Demolombe, t. VI, n^{os} 367 et suiv. ; — Aubry et Rau. t. VI, p. 82. § 550. — En sens contraire : Tribunal du Puy, 10 déc. 1869. — D. P. 70, III, 64.

(3) Exposé des motifs, p. 44.

nation avait été prononcée pour adultère : « l'exercice de tout ou partie des mêmes droits, disait-il (art. 21), peut être retiré ou simplement suspendu pour une durée de un à cinq ans : . . . 2° à l'égard des père et mère condamnés pour la seconde fois pour vol, etc. . . *adultère ou entretien de concubine au domicile conjugal*, excitation habituelle de mineurs à la débauche; 6° en dehors de toute condamnation à l'égard des père et mère dont l'ivrognerie habituelle ou *l'inconduite notoire* serait de nature à compromettre soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants. »

Après bien des vicissitudes, après avoir longtemps erré d'une Chambre à l'autre, après avoir subi de nombreuses modifications et s'être vu allégé de dispositions très importantes, le projet fut enfin voté et promulgué en 1889. Ayant, dans son article premier, indiqué dans quels cas les père et mère et ascendants sont déchus de plein droit de la puissance paternelle, la loi du 24 juillet 1889 ajoute : « Peuvent être déclarés déchus des mêmes droits : . . . 6° En dehors de toute condamnation, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur *inconduite notoire et scandaleuse* ou par de mauvais traitements, compromettent soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants » (article 2). Il n'est plus question de l'adultère, tout au moins d'une façon formelle : reste à savoir si l'adultère ne rentre pas dans la formule employée par l'article 2.

Le législateur de 1889 avait à la fois deux intérêts à sauvegarder : éviter de porter atteinte au principe de l'autorité paternelle, et limiter cette autorité lorsque le père en est indigne, en prononçant contre lui la déchéance. Aussi fut-il obligé d'admettre une double

solution : partant de ce principe qu'aux termes des articles 334 et 335 du Code pénal, le père ou la mère qui aura favorisé, excité ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de ses propres enfants « sera privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens des enfants par le Code civil, » le législateur trouva dans ces faits une présomption d'indignité tellement évidente qu'il prononça dans ce cas la déchéance de la puissance paternelle, et il étendit cette solution aux hypothèses qui lui semblèrent offrir la même gravité et qu'il énumère dans l'article 1^{er} de la loi.

Mais, à côté de ces hypothèses exceptionnellement graves, il en est d'autres qui, soit parce qu'elles n'affectent pas l'enfant lui-même, soit parce qu'elles ne dénotent pas de la part des parents une immoralité absolue, ne doivent pas entraîner des déchéances aussi immédiates et aussi complètes. L'adultère est une de ces hypothèses : et personne n'oserait contester les dommages qu'il peut causer à l'enfant et les dangers auxquels il peut l'exposer. Il est de toute évidence qu'il y a là un symptôme de l'inconduite notoire et scandaleuse prévue et réprimée par la loi de 1889.

Comment, au cas d'adultère, la déchéance sera-t-elle prononcée ? « Il ne pouvait être question, dit le projet du Gouvernement, de déchéance de plein droit et l'appréciation des tribunaux devait toujours être réservée : pour entraîner de tels effets, l'inconduite doit témoigner d'une immoralité complète et habituelle, qui se serait, en outre, manifestée par des dérèglements devenus de notoriété publique. Il a été enfin convenu que non seulement l'inconduite devait être notoire, mais

encore qu'elle devrait être considérée comme de nature à porter préjudice à l'enfant. »

Les tribunaux ont donc un pouvoir d'appréciation souverain : dans chaque affaire, ils examineront les circonstances de la cause et ils pourront prendre relativement à chaque enfant toutes les mesures, toutes les précautions que la sécurité et la moralité de l'enfant exigent.

On a trouvé parfois exorbitant le droit pour les tribunaux de peser eux-mêmes et sans règle aucune, en dehors de toute condamnation, la moralité des parents : « L'inconduite notoire ! s'écriait M. de Gavardie, (1) comment l'apprécier ? Je connais beaucoup de gens qui seraient déchus de la puissance paternelle avec ces mots : inconduite notoire ! Il y a tant de gens qui ont une inconduite notoire ! Il y en a tant ! »

J'estime, au contraire, que cette latitude laissée aux magistrats est excellente : ils s'attacheront à saisir l'esprit de la loi, à l'appliquer avec sagesse et humanité, comme une loi — non de répression — mais de protection à l'égard des enfants.

La jurisprudence a eu plusieurs fois, dans ces dernières années, à s'occuper de la loi de 1889 et de son interprétation ; et ses décisions montrent avec quelles réserves cette loi doit être appliquée. C'est ainsi qu'il a été jugé que le fait par une mère de vivre maritalement avec un tiers pendant plusieurs années ne peut équivaloir aux dérèglements notoires et scandaleux qui, aux

(1) Discours au Sénat. — Séance du 26 mai 1883 (Journal officiel du 27 mai, p. 570).

termes de l'article 2, § 6, doivent entraîner la déchéance de la puissance paternelle : sans doute il y a là un acte d'inconduite, mais cette inconduite ne saurait être taxée de notoire et de scandaleuse lorsque, par exemple, elle était ignorée du public, qui considérerait cette union irrégulière comme un véritable mariage. Dans le même sens, le tribunal de la Seine a décidé que l'état de concubinage où vit un père de famille peut ne pas suffire pour le faire considérer comme se livrant à l'inconduite d'une façon notoire et scandaleuse. (1) C'est avant tout — nous l'avons dit — une question de faits et de circonstances, qui est laissée à la discrétion du juge.

II. — *Incapacité d'être Tuteur.*

D'après l'article 444 du Code civil : « sont aussi exclus de la tutelle, et même destituables s'ils sont en exercice, les gens d'une inconduite notoire... » Ce texte rapproché de l'article 2 de la loi de 1889, que nous venons de citer, implique la même solution. L'époux adultère pourrait donc être exclu ou destitué par le conseil de famille d'une tutelle à laquelle il aurait été appelé ou nommé et même de la tutelle de ses enfants issus d'un précédent mariage. L'article 444 a en effet pour but de soustraire les enfants à la contagion des mauvais exemples de ceux mêmes qui doivent les guider et les bien conseiller. (2)

(1) C. Agen, 6 novembre 1889. — D. P. 1890, II, 25. — C. Paris, 8 août 1893. — D. P. 94, II, 101. — Paris, 26 mai 1890. D. P. Ibid, note 2.

(2) C. Rouen, 24 janvier 1859. — D. P. 60, II, 24. — Demolombe, t. VII, n° 485.

III. — *Incapacité d'être Instituteur ou Institutrice.*

La loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire, reproduisant presque textuellement les dispositions de la loi du 15 mars 1850, déclare incapables de tenir une école publique ou privée ou d'y être employés, ceux qui ont subi une condamnation judiciaire pour crime ou délit contraire à la probité ou aux mœurs (article 5). Et l'article 41 ajoute que tout instituteur privé pourra, sur la plainte de l'Inspecteur d'académie, être traduit pour cause de faute grave dans l'exercice de ses fonctions, d'inconduite ou d'immoralité, devant le conseil départemental et être censuré ou interdit de l'exercice de sa profession. Il serait difficile de ne pas faire rentrer l'adultère dans les termes de cette double disposition.

IV. — *Incapacité d'être Juré en Algérie.*

Parmi les causes d'incapacité d'être juré édictées par la loi du 21 novembre 1872, qui règle la composition du jury en France, figurent les condamnations pour attentats aux mœurs prévus par les articles 330 et 334 Code pénal : la condamnation pour adultère ne rentre pas dans cette énumération. Mais le décret du 7 avril 1848 qui détermine la composition du jury algérien dit incapables d'être jurés : « Les individus condamnés pour attentat aux mœurs. » (Article 2.) L'adultère, étant un attentat aux mœurs, constitue par suite une cause d'incapacité d'être juré en Algérie. (1)

(1) Cass., 31 juillet 1884. — S. 85, I, 188 (sens contraire).

SECTION II. — *Conséquences Civiles à l'égard des Enfants nés de l'Adultère.*

3 Paragraphes : 1° l'action en désaveu des enfants adultérins ; 2° recherche de la paternité adultérine ; 3° droits des enfants adultérins.

§ 1. — *L'Action en Désaveu des Enfants Adultérins.*

Une des plus graves conséquences que puisse entraîner l'adultère de la femme, c'est, grâce à la maxime « *pater is est quem nuptiæ demonstrant*, » d'attribuer au mari une paternité qu'il n'a pas, de faire entrer dans la famille légitime un enfant d'un autre sang, et de lui permettre ainsi d'usurper un nom, un rang et des privilèges auxquels il ne saurait avoir droit.

Le mari qui est sûr de l'infidélité de sa femme, qui est sûr que l'enfant dont elle est accouchée par suite de cette infidélité n'est pas le sien, ne peut-il pas repousser cet enfant et le rejeter de son affection ? C'est là un droit naturel incontestable et que la loi positive a le devoir de consacrer. C'est ce que le législateur français a fait dans l'article 313 du Code civil : il a reconnu le droit du mari à désavouer l'enfant adultérin et il s'est borné à en réglementer sagement l'exercice : « le mari, dit-il, ne pourra désavouer l'enfant même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père. »

Nous diviserons en cinq parties l'étude de l'action en désaveu : 1° éléments et conditions de l'action en désaveu ; 2° par qui peut-elle être intentée ? 3° dans quels délais ? 4° dans quelles formes ? 5° effets du désaveu.

A. — *Eléments et conditions de l'Action en Désaveu.*

La loi exige, pour déclarer recevable l'action en désaveu, que le mari établisse trois choses : 1° le recel de la naissance de l'enfant ; 2° l'adultère de la femme ; 3° la justification que le mari n'est pas le père de l'enfant. Examinons successivement ces trois éléments de l'action.

I. — *Recel de la naissance de l'enfant.* Le voile dont la mère couvre alors la naissance de l'enfant fait raisonnablement présumer que cet enfant est plutôt le fruit de son libertinage que de son mariage : c'est comme un aveu, non seulement de son adultère, mais encore de sa conviction que l'enfant n'appartient pas au mari. La loi exige que la naissance ait été cachée, c'est-à-dire que la femme ait pris dans ce but des précautions. Or toutes ces précautions sont des faits positifs qui peuvent très bien être prouvés. C'est au mari qu'il appartient d'apporter cette preuve ; il est présumé avoir connu la naissance ; à lui de détruire cette présomption. (1)

Par ces mots « recel de la naissance, » la loi entend parler de la dissimulation du fait complexe de la naissance et de l'accouchement. Il ne suffit pas que le

(1) Proudhon et Valette, t. II, p. 24.

mari ait ignoré la naissance, il faut qu'il établisse qu'on a voulu la lui cacher. Si la naissance a été publique, c'est-à-dire si la femme n'a pas cherché à la cacher, il n'y a pas lieu à désaveu, même quand le mari l'aurait ignorée. Ce qui est nécessaire, c'est que la femme ait pris des précautions pour laisser ignorer à son mari sa grossesse et son enfantement ; car c'est dans cet inexplicable désir de mystère que le législateur voit une présomption contre elle et contre la légitimité de l'enfant. (1)

Est-il indispensable qu'il y ait eu recel de la naissance, c'est-à-dire de l'accouchement proprement dit, ou ne suffirait-il pas de prouver que la grossesse a été dissimulée ? La jurisprudence ne semble pas absolument ferme sur ce point, et on pourrait trouver dans ses arrêts des solutions quelque peu contradictoires. L'un (2) déclare qu'il peut suffire, d'après les circonstances, que la grossesse seule ait été cachée ; l'autre soutient que la dissimulation de la grossesse, quand même elle serait jointe à la preuve péremptoire de l'adultère, ne saurait suffire pour admettre l'action en désaveu, dès lors que l'accouchement a eu lieu sans clandestinité. (3) Nous préférons cette seconde interprétation. En effet, le principe de la filiation que « l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari, » ne doit fléchir, quelles que soient les vraisemblances et les conjectures, que dans les cas spécifiés et devant les présomptions édictées par la loi. Or la loi exige que la naissance de l'enfant ait été

(1) C. Rouen, 2 avril 1840. — Rennes, 8 juin 1843. — D. A. V^o Paternité, n^{os} 52 et 54. — Aix, 11 janvier 1859. — D. P. 59, 2, 85.

(2) Cass. 7 janvier 1850. — D. P. 50, I, 5.

(3) C. Bourges, 6 juillet 1868. — D. P. 68, II, 18.

cachée au mari, et Duveyrier traduisait ainsi les exigences de la loi : « il faut que la grossesse, l'accouchement et la naissance aient été celés. » Admettre comme suffisante la preuve d'un seul de ces faits, ce serait mutiler le texte de la loi et fausser son esprit. Dès lors que l'accouchement a eu lieu sans clandestinité, au vu et au su de la famille, cela suffit pour exclure l'idée et la possibilité du recel, et le mari ne pourra pas dire que la naissance de l'enfant lui a été dissimulée. On objecte que c'est permettre à la femme d'arrêter toute espèce d'action en désaveu ; soit, mais la doctrine contraire conduirait à un résultat encore plus désastreux : la femme n'aurait qu'à déclarer sa grossesse au mari, même quand elle le ferait par bravade et par défi, — la Cour de cassation est allée jusque là — elle rendrait par sa déclaration tout désaveu impossible ! Une pareille solution serait-elle bien juridique et bien morale ?

II. — *L'Adultere de la Femme.* — Quand l'adultère est établi, il y a une probabilité si grande que l'enfant n'appartient pas au mari que l'on s'étonne à première vue que la loi ne permette pas au mari de le désavouer pour cette seule cause. C'est que, d'après les jurisconsultes romains, l'enfant peut, malgré l'adultère, appartenir au mari : « *cum possit et mater adultera esse, et impuber defunctum patrem habuisse.* » Et l'orateur du gouvernement, présentant la loi, ajoutait poétiquement : « la femme peut avoir été coupable sans que le flambeau de l'hyménée fût encore éteint. » Bien qu'elle suppose chez la femme coupable une perversité assez piquante, mais d'ailleurs absolument normale, cette raison est péremptoire et justifie pleinement la décision du Code.

De quelle façon le mari doit-il prouver l'adultère de sa femme ? S'il y a eu antérieurement un jugement correctionnel ou civil relatif à cet adultère, la question pourra être tranchée sans aucune difficulté.

Mais supposons que le mari n'ait rien fait pour poursuivre l'adultère : comment le prouvera-t-il au cours de son instance en désaveu ?

Le problème est très difficile et on a de bien des façons essayé de le résoudre.

La jurisprudence considère comme inutile que l'adultère soit prouvé d'une manière spéciale et distincte ; il suffit, dit-elle, que l'adultère soit établi d'une façon positive en même temps que les autres faits de l'ensemble desquels résulte la non paternité du mari. Demante soutient la même thèse : « la cause d'adultère est ici admise précisément parce que le recel de la naissance autorise la preuve de tous les faits propres à justifier la non paternité, et que l'adultère est un de ces faits. Cela ne veut pas dire qu'en l'absence du fait positif d'adultère les autres faits de non paternité ne puissent être utilement invoqués. » (1) En faveur de cette théorie on invoque le motif suivant : l'adultère doit toujours être prouvé, cela est certain ; mais l'article 313 ne porte pas qu'il sera préalablement jugé : « exiger du mari cette preuve juridique, ce serait ajouter à la disposition de la loi. » D'ailleurs, ajoute-t-on, la preuve juridique de l'adultère serait même absolument sans objet, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant désavoué ne pouvant être faite sans emporter nécessairement celle de l'adul-

(1) Demante, t. II, n° 39 bis, 4.

rière de la femme : dès lors que l'adultère sera prouvé, que ce soit, ou non, en même temps que les faits de non paternité, cette preuve suffira et le vœu de la loi sera rempli. (1)

La plupart des auteurs, et notamment Duranton, Marcadé et Laurent, admettent un système absolument opposé et exigent une démonstration distincte et directe de l'adultère de la femme. Sans doute, disent-ils, la preuve de la non paternité entraînerait, comme conséquence inévitable, la preuve de l'adultère de la femme ; mais précisément le mari, tant qu'il n'a pas établi l'adultère, n'a pas le droit de faire cette preuve de non paternité ; en d'autres termes, le juge ne pourra examiner les questions de non paternité et l'impossibilité morale de cohabitation que lorsque le fait d'adultère lui aura été démontré. L'article 313 n'admet le désaveu que pour cause d'adultère ; c'est là le principe et la condition même de l'action ; autrement on met l'effet avant la cause et on en arrive à dire que la preuve de l'adultère résulte de l'admission du désaveu. Le mari désavoue pour cause d'adultère et parce que la naissance lui a été cachée ; il doit prouver les deux choses, et l'adultère est, comme le recel, un élément, une condition sans laquelle le législateur n'aurait pas admis l'impossibilité morale. (2)

Ces deux théories sont-elles véritablement inconciliables et le dissentiment qui existe entre elles n'est-il pas plus apparent que réel ? Toutes les deux sont en

(1) Cass. 25 janvier 1831, D. P. 31, I, 112. — 14 février 1854, D. P. 54, I, 89. — 31 juillet 1866, D. P. 68, I, 297.

(2) Laurent, tome III, n° 375.

harmonie pour permettre au juge de baser son jugement sur un ensemble de faits propres les uns à prouver l'adultère, les autres à établir la non paternité. Le désaccord vient de ce que la jurisprudence permet d'emprunter cette double preuve aux mêmes faits et se contente d'une preuve collective, tandis que les auteurs imposent au juge l'énonciation dans le jugement de faits distincts établissant d'une façon spéciale et par eux-mêmes l'adultère. A parler franchement, je crois qu'il n'y a là qu'une question de mots sur laquelle il sera vite fait de mettre tout le monde d'accord.

En effet il serait rigoureux et absurde d'exiger une preuve directe, spéciale et distincte de l'adultère si cette preuve est faite suffisamment d'une autre manière ; or supposons que les faits invoqués par le mari pour démontrer sa non paternité soient assez graves et assez précis pour prouver l'adultère ; supposons que l'adultère se trouve ainsi établi d'une façon pertinente et concluante, faudra-t-il rejeter cette preuve sous le prétexte que les faits d'adultère et les faits de non paternité doivent être l'objet d'une preuve séparée et divisée ? Prenons sur ce point si discuté l'avis de M. Demolombe :

« Ne serait-il pas vrai, dit-il, qu'il y a ici malentendu plutôt encore que dissidence ? La question a-t-elle été bien posée ? Cette question qui divise les auteurs et les arrêts ne serait-elle pas plutôt dans les mots que dans les choses ? Je suis pour ma part très porté à le croire... Voici ce qui me paraît vrai. L'adultère de la femme est susceptible d'être prouvé par tous les moyens, par témoins et par présomptions ; à l'égard de la femme, les magistrats apprécient les faits comme de véritables jurés, d'après leur intime conviction. Or n'est-il pas vrai

que l'accouchement et le recel de la naissance de l'enfant peuvent fournir des présomptions très graves de l'adultère de la femme? N'est-il pas vrai que ces présomptions peuvent devenir décisives par le rapprochement de tous les autres faits de l'espèce? Oui sans doute : donc la preuve même de l'adultère peut très bien résulter, je le répète, de la preuve du recel de la naissance et de toutes les autres circonstances qui démontrent aux magistrats l'impossibilité morale de la paternité du mari. — Les mêmes faits produiront alors la double preuve que la loi exige : 1° la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant : 2° la preuve que la femme a commis un adultère. Et cela me paraît démontrer qu'il n'est ni logique ni équitable d'exiger que le mari établisse au préalable et avant de présenter ses autres moyens l'adultère et le recel de la naissance : car précisément ses autres moyens sont aussi pour lui autant de preuves de l'adultère, ou du moins autant de présomptions à l'aide desquels il pourra parvenir à le prouver. Et c'est là précisément ce que nient les honorables auteurs que j'ai cités... ; mais, d'un autre côté, je ne voudrais pas dire avec les arrêts que la preuve même de l'adultère n'est pas nécessaire et qu'elle serait même surabondante. Non certes : car si l'adultère était prouvé d'une manière directe et spéciale, je n'exigerais point à beaucoup près la même gravité dans les faits par lesquels le mari devrait en outre justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant. (1) » M. Demolombe nous paraît avoir parfaitement résolu la difficulté.

(1) Demolombe, t. V. n° 46.

Le mari qui a prouvé l'adultère de sa femme doit prouver en outre que cet adultère remonte au moment de la conception de l'enfant ; sans quoi, la situation de l'enfant serait par trop rigoureuse. Il faut évidemment que les relations adultérines correspondent à l'époque probable de la conception, et il n'y a pas lieu d'emprunter au droit canonique la détestable maxime que celle qui a une fois failli est toujours présumée coupable. Cependant si, le mari ayant établi un adultère de sa femme (même remontant à plusieurs années), les circonstances sont telles qu'elles rendent vraisemblable la continuation de la faute, on pourra y trouver des présomptions suffisantes de l'adultère à l'époque, plus récente, de la conception. D'ailleurs, sur ce point, les magistrats ont toute liberté pour apprécier selon les faits.

III. — *La Justification que le Mari n'est pas le Père de l'Enfant.* — Il se pourrait que, malgré les faits prouvés d'adultère et de recel, les rapports ordinaires et habituels des époux mettent dans l'impossibilité d'affirmer que l'enfant n'est pas du mari ; la femme ayant avec son mari des rapports probablement plus fréquents qu'avec l'amant, il est à présumer que l'enfant appartient au premier. Seulement la loi permet au mari de poursuivre son désaveu et de fournir la preuve des autres faits propres à compléter la justification du désaveu, en un mot d'établir l'impossibilité morale de sa paternité. Mais il faut qu'il fasse cette preuve. Nous avons vu que, suivant l'opinion de M. Demolombe, c'est là surtout une question de fait et de circonstances laissée à l'appréciation discrétionnaire des magistrats. Et ceux-ci pourront considérer comme tels : l'impossibilité morale de cohabitation, le fait que le mari n'a pu, du 300^e au 180^e jour

avant l'accouchement, avoir de rapprochements avec sa femme et que celle-ci a eu, à ce moment, des correspondances avec son complice; ou encore la précaution prise par l'épouse séparée de fait de son mari d'aller faire ses couches chez des sages-femmes et de se faire désigner comme fille. (1)

Telles sont les conditions exigées par la loi pour que le mari puisse faire admettre l'action en désaveu qu'il fonde sur l'adultère de sa femme.

Le mari ne pourrait pas désavouer l'enfant pour cause d'adultère sans faire les preuves que nous venons d'indiquer. L'aveu même de la mère ne suffirait pas, car elle peut se tromper; et de plus c'est le cas d'appliquer la règle : « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* » L'état d'un enfant ne peut dépendre d'un témoignage dicté peut-être par un sentiment de haine et de vengeance envers un mari qu'une femme jalouse veut humilier à tout prix, même aux dépens de son honneur et de l'état de son enfant. Cette déclaration serait considérée comme le fait de la démence, et elle serait sans force, quoique le fait de l'adultère fût prouvé. (2)

Une dernière question se présente : après la séparation de corps, les époux sont encore tenus à l'obligation de fidélité; en faut-il conclure que le mari ne peut invoquer contre sa femme que les causes ordinaires du désaveu? Oui, dit Demolombe (3), le Code, dans l'état

(1) C. Paris, 23 janvier 1872. — D. P. 74, V, 268. — C. Dijon, 17 mai 1870. — D. P. 73, II, 195. — Marcadé, t. II, n^{os} 7 et suiv.

(2) Duranton, t. III, p. 42.

(3) Demolombe, t. IV, n^o 503.

actuel de ses textes, maintient la présomption de paternité même après la séparation. En effet, l'article 312 pose en principe que l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari, sauf certaines exceptions indiquées dans l'article 312, § 2, et l'article 313. Or la séparation de corps n'empêche pas le mariage de subsister et ne saurait constituer aucune cause de désaveu particulière : admettre le contraire ce serait s'insurger contre le texte de la loi et obliger la mère et l'enfant à prouver contre le mari qu'il y a eu réconciliation. Les magistrats apprécieront en fait s'il y a eu réconciliation et si l'enfant n'est pas né de cette réconciliation ; mais en principe l'enfant est légitime.

La jurisprudence repousse avec raison cette théorie ; elle décide au contraire que le mari qui désavoue l'enfant dont la naissance a eu lieu depuis le jugement de séparation n'a aucune preuve à faire, et qu'il appartient à la femme d'établir de son chef qu'il y a eu réunion de fait. L'article 312 est basé sur la cohabitation des époux, sur leur commune affection, sur la surveillance du mari. Cette présomption légale dérivant du mariage est détruite pour cette raison qu'on ne saurait demander au mari de faire la preuve d'un fait contraire à ses prétentions et propre à faire rejeter son action. La séparation constitue une impossibilité morale de cohabitation et le désaveu du mari sera péremptoire, sauf à la femme de faire la preuve de la réconciliation. Ce n'est d'ailleurs que strictement juste : voilà une femme qui se livre aux plus scandaleux désordres ; mais elle notifie à son mari la naissance de ses enfants, il serait obligé de subir cette paternité, et en plus de reprendre sa femme, puisque, si l'enfant est du mari, cela suppose la réconciliation ! Ce serait mons-

trueux et la jurisprudence a bien fait de repousser une pareille théorie. (1)

B. — *Par qui l'action en désaveu peut-elle être intentée ?*

C'est au mari qu'il appartient tout naturellement d'exercer l'action en désaveu. N'est-il pas, en effet, le principal intéressé dans la question, et n'est-il pas évident que, si cette action lui était refusée, elle devrait à plus forte raison être refusée à toute autre personne ? Le mari est juge du parti qu'il lui conviendra de prendre : il *pourra* désavouer, dit l'article 312 ; libre à lui, par suite, d'agir ou de pardonner.

Dans le cas où le mari serait frappé d'interdiction, son tuteur aurait-il qualité pour former en son nom l'action en désaveu ? La question est, en doctrine, extrêmement discutée, et un parti puissant dénie au tuteur de l'interdit le droit d'intenter l'action en désaveu. En effet, dit-il, la mission du tuteur se restreint (art. 450 C. Civ.) à deux objets principaux : prendre soin de la personne de l'interdit, et le représenter dans les actes civils. Cela ne veut nullement dire que le tuteur se trouve investi de tous les droits qui appartiennent à son pupille et qu'il pourra les exercer en son lieu et place : c'est ainsi qu'il ne peut, pour son pupille, contracter mariage, tester, adopter, reconnaître un enfant naturel, etc. Or l'action en désaveu tient à ce qu'il y a

(1) C. Bordeaux, 16 juin 1858. — D. P. 59, II, 14. — Nancy, 12 janvier 1861. — D. P. 61, V, 236. — Dijon, 24 janvier 1872. — D. P. 73, II, 13.

de plus intime dans la conscience du mari, c'est une action éminemment personnelle. Il serait, en outre, particulièrement dangereux de permettre au tuteur de l'exercer : car, non seulement celui-ci pourrait, par erreur, désavouer un enfant véritablement né du mari ou faire déclarer légitime l'enfant qui ne l'est pas, mais encore il serait le maître, en s'entendant frauduleusement avec la femme, d'anéantir les droits du mari ou des héritiers. (1)

Les raisons invoquées sont graves. Cependant nous pensons, avec la jurisprudence, que le tuteur du mari interdit peut intenter, au nom de celui-ci, l'action en désaveu. Le tuteur, disent les articles 450 et 509, est chargé de représenter l'interdit dans tous les actes civils : par conséquent, il peut intenter l'action en désaveu comme toute autre action. — Le tuteur, c'est l'interdit lui-même, il le représente d'une manière absolue. Il doit veiller à tous ses intérêts, moraux aussi bien que matériels, et agir, dit un arrêt, « toutes les fois qu'il y a lieu de prévenir ou repousser une atteinte à la personne, à l'état et aux biens de celui qui est placé sous sa tutelle. » C'est ainsi que, d'après une jurisprudence constante, le tuteur d'un interdit a qualité pour intenter au nom de son pupille une action en séparation de corps pour cause d'adultère de l'autre époux. S'il est une action bien personnelle, c'est à coup sûr celle-là ; cependant le tuteur peut l'exercer. A plus forte raison pourra-t-il former une action en désaveu. Lui refuser ce pouvoir et

(1) Laurent, t. III, n° 436. — Aubry et Rau, t. VI, § 545 bis. — Bedel, de l'Adultère, n° 80. — Dupret, Revue de droit français et étranger, 1844, p. 725. — Dalloz, Répert. Alfab. V° Paternité, n° 115.

laisser sommeiller l'action en désaveu pendant la durée de l'interdiction ce serait assurer à la femme l'impunité de ses débordements et mettre, durant de longues années, les enfants qui naîtraient d'elle en possession de l'état et des droits d'enfants légitimes. (1)

L'action en désaveu n'appartient-elle qu'au mari ? Il est le principal mais non le seul intéressé. Le législateur n'accorde le droit d'exercer cette action qu'aux seuls héritiers du mari. Il le refuse fort justement à la mère, — *nemo auiditur propriam turpitudinem allegans*, — à l'enfant lui-même ; car il serait odieux de l'entendre soutenir qu'il doit le jour non point à l'accomplissement du devoir conjugal mais à l'adultère de sa mère. Il le refuse également aux créanciers du mari, et aux héritiers de la femme. L'article 317 est, du reste, absolument exclusif : « si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. » Il suit de là que les héritiers ne sont armés du droit d'agir que si le mari est mort sans avoir réclamé, mais étant encore dans le délai utile pour le faire.

Tous les héritiers légitimes du mari peuvent intenter l'action en désaveu. Tels seront : 1° les autres enfants de sa

(1) Merlin, Questions de Droit, V^o Légitimité, § 8. — Demolombe, t. V, n^{os} 116 et suiv. — Cassat., 24 juillet 1844. — D. A. V^o Paternité, n^o 115, note 1. — Caen, 14 décembre 1876. — D. P. 77, II, 146. — Grenoble, 5 décembre 1883, D. P. Supplém. V^o Paternité, n^o 87, p. 502, note 1. — Lyon, 5 juin 1891. — Ibid. Supplém. n^o 17, note 2.

femme: il est vrai qu'à première apparence il semble épouvantable d'accorder à un enfant une action aussi infamante contre sa mère. Mais il est bon de remarquer que le désaveu n'est pas formé contre elle, mais en sa présence, et, d'autre part, le législateur a considéré qu'il était équitable de permettre aux enfants d'exclure de la famille celui que le crime y a frauduleusement introduit. 2° Les successeurs irréguliers, c'est-à-dire l'enfant naturel, l'Etat, le conjoint, le curateur à succession vacante (art. 813). 3° Les donataires et légataires soit universels, soit à titre universel : car ils sont, comme les héritiers ab intestat, investis de tous les droits et actions du mari ; or l'action en désaveu fait partie de la succession. Quand aux donataires et légataires particuliers, on reconnaît généralement qu'ils ne sont pas recevables à désavouer, parce qu'ils ne représentent pas le mari, parce qu'ils ne sont pas *loco hæredum*.

Les héritiers qui auraient renoncé à la succession du mari ne pourraient pas former l'action en désaveu : car l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Or l'action en désaveu est exclusivement dans la succession du mari et elle ne peut être transmise qu'à ceux qui lui succèdent.

C. — *Délais de l'Action en Désaveu.*

Le délai par lequel se prescrit l'action en désaveu varie suivant que l'action est intentée par le mari ou par ses héritiers.

a. — L'action est intentée par le mari. La règle est posée par le § 1^{er} de l'article 316 : « Dans les divers cas

où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant. » Mais, par exception — et c'est au mari qu'il appartient de prouver qu'il est dans l'exception — le délai sera de deux mois, si le mari était absent (et ici le mot absent désigne simplement le mari non présent, éloigné du lieu de l'accouchement) (1) ou si la naissance lui a été cachée. Et les deux mois courent à dater de son retour sur les lieux de la naissance, dans le premier cas, et de la découverte de la fraude, dans le second (art. 316, §§ 2 et 3). Les tribunaux ont pleine liberté pour déterminer, par l'appréciation des faits qui leur sont soumis, le moment où le mari a pu avoir connaissance de la naissance de l'enfant. Du reste, la jurisprudence met à la charge de l'enfant la preuve de l'exception qu'il prétendra invoquer à ce sujet. (2)

Supposons que l'enfant n'ait pas été inscrit sur les registres de l'état civil, ou qu'il y ait été inscrit comme né de père et mère inconnus. Le mari peut néanmoins intenter immédiatement l'action en désaveu : car il est possible que plus tard l'enfant élève des réclamations, il est possible aussi que les preuves de la non paternité viennent à disparaître, et l'on ne saurait raisonnablement forcer le mari à rester éternellement sous le coup de

(1) Demolombe, t. V, n° 141. — Duranton, t. III, n° 84. — Laurent, t. III, n° 444. — Caen, 29 décembre 1880. — D. P. 82, 2, 53.

(2) Cass. 12 février 1884. D. A. Supplém. V° Paternité, n° 66, note 1. — Cass. 14 février 1854. — D. P. 54, I, 89. — Dijon, 6 janvier 1865. — D. P. 65, 2, 32. — Aix, 6 décembre 1876. — D. P. 77, 2, 183. — Pau, 11 janvier 1887. — D. P. 87, 2, 77. — Paris, 7 mai 1855, — D. P. 56, 2, 45.

cette menace. (1) Mais si le mari n'agit pas, s'il laisse passer les délais légaux, ne lui restera-t-il plus aucun moyen de repousser les prétentions de l'enfant, s'il s'en produit dans l'avenir? Il aura encore la faculté d'invoquer l'article 325 : « la preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant du mari de la mère. » C'est tout juste et tout naturel : car, dit Demolombe, « le mari n'a pas d'intérêt lorsque la femme, se faisant à elle-même justice, ne place pas dans la famille le fruit de ses désordres ; or il faut un intérêt pour braver un pareil scandale, pour se mettre en scène, pour déshonorer le nom de cette femme même, qui est après tout la mère des autres enfants du mari. » (2)

b. — L'action est intentée par les héritiers du mari. — « Si, dit l'article 317, le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant, à compter de l'époque où cet enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. » Donc si, au moment de leur saisine, les héritiers se trouvent en présence d'un enfant ayant un acte de naissance et une possession d'état, ils doivent intenter l'action dans le délai de deux mois, quand même l'enfant ne réclamerait aucuns droits

(1) Paris, 6 janvier 1849. — D. P. 49, 2, 206. — Cass. 4 février 1851. — D. P. 51, 1, 117. — Paris, 4 juillet 1853. — D. P. 53, 2, 201. — Cassat. 14 février 1854. — D. P. 54, 1, 89. — Paris, 21 février 1863. — D. P. 63, 2, 37. — Lyon, 21 janvier 1886, D. P. 87, 2, 1.

(2) Demolombe, t. V, n° 145. — Cass. 11 avril 1854. — D. P. 54, 1, 93.

héréditaires. Que si, au contraire, l'enfant est sans titre ni possession d'état, l'action ne peut être formée qu'autant que cet enfant élèvera des prétentions héréditaires et agira contre les héritiers d'une manière quelconque, et le délai courra contre eux à compter de ce jour : mais alors toute espèce de trouble, soit de fait, soit de droit, toute espèce de réclamation judiciaire ou extrajudiciaire, en un mot toute prétention déclarée, les met en demeure d'agir.

D. — *Formes de l'Action en Désaveu.*

La loi ne soumet l'action en désaveu à aucune forme particulière : c'est donc devant les tribunaux ordinaires et dans les formes ordinaires que l'action devra être introduite. Néanmoins l'article 318 porte que « tout acte extrajudiciaire, contenant le désaveu de la part du mari ou de ses héritiers, sera comme non venu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère. » Cet acte extrajudiciaire est un acte facultatif qui constate l'intention du demandeur d'intenter l'action en désaveu, et qui n'a d'autre utilité que d'augmenter d'un mois les délais prescrits par les articles 316 et 317 : mais il faut qu'il soit suivi, dans le mois, d'une demande en justice régulière. Une citation en conciliation équivaldrait-elle à cet acte extrajudiciaire ? La négative semble avoir prévalu. (1)

(1) Demolombe, t. V, n° 157. — Aubry et Rau, t. VI, § 545 bis.

Aux termes de l'article 318 qui vient d'être cité, l'action doit être intentée: 1° contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant ; 2° en présence de la mère.

1° Tuteur *ad hoc*. — Il n'est pas nécessaire de nommer un tuteur *ad hoc* lorsque l'enfant est majeur (à moins qu'il ne soit interdit). D'autre part, la loi n'exige dans aucun cas, la nomination d'un subrogé-tuteur. Le texte de l'article 318 étant absolument général, il faudrait nommer ce tuteur spécial, quand même l'enfant aurait déjà un tuteur ordinaire. (1)

Par qui sera nommé ce tuteur *ad hoc* ? La question est controversée. La jurisprudence, s'appuyant sur ce motif que le mari et la mère sont réputés, jusqu'au jugement, père et mère de l'enfant, que leurs familles sont l'une et l'autre la famille de cet enfant, décide qu'il y a lieu d'appliquer les règles ordinaires tracées par les articles 405 et suivants, et que le tuteur sera nommé par le conseil de famille constitué conformément au droit commun. (2) Un autre système admet la nomination du tuteur par le conseil de famille, avec ce tempérament que les parents de la ligne paternelle seront exclus de la composition du conseil, en raison de l'hostilité dont ils pourraient être animés à l'égard de

(1) Demolombe, t. V, n° 165. — Aubry et Rau, t. VI, § 545 bis, note 37. — Laurent, t. III, n° 454.

(2) Cass. 9 mai 1864. — D. P. 64, I, 409. — Liège, 3 mai 1853. — D. P. 53, 2, 200. — Paris, 21 février 1863. — D. P. 63, 2, 37. — C. Cass. Belge, 29 février 1872. — D. P. 72, 2, 9. — Trib. civ. Tours, 13 mai 1875. — D. P. 80, 1, 271. — Cass. 24 novembre 1880. — D. P. 82, 1, 52. — Douai, 20 mars 1832, D. P. 82, 2, 143. — Grenoble, 14 février 1883 et 5 décembre 1883. — D. A. Suppl. V° Paternité, n° 87.

l'enfant. (1) Avec MM. Laurent, Demolombe, Guillouard, nous pensons que la nomination du tuteur doit être confiée au tribunal. « Parents paternels et parents maternels, dit M. Demolombe, me paraissent suspects, parce qu'ils ont un intérêt contraire à celui de l'enfant : finalement, il s'agit de défendre celui-ci le mieux et le plus sûrement possible. » (2)

2° Présence de la mère. — L'article 318 exige que l'action en désaveu soit dirigée contre le tuteur *ad hoc*, en présence de la mère. Il ne s'ensuit pas que celle-ci doive être assignée dans les délais imposés pour l'assignation du tuteur ; il suffit que sa mise en cause ait lieu dès le début de l'instance, et que les divers actes d'instruction soient communs avec elle.

Quel sera le tribunal compétent ? Ce sera le tribunal du domicile de l'enfant — qui est défendeur — c'est-à-dire le tribunal du domicile du mari. Tant que le père est vivant, le mineur a le même domicile que lui ; or le mari reste sous le coup de la présomption : *pater is est*, et doit être considéré comme le véritable père de l'enfant jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le désaveu. (3)

E. — Effets du Désaveu.

L'enfant contre lequel le désaveu a été admis cesse d'appartenir civilement à la famille de sa mère et à celle

(1) Marcadé, art. 318, n° 1. — Caen, 22 décembre 1880. — D. P. 82, 2, 53. — Bordeaux, 26 juin 1860. — D. P. 62, 2, 115.

(2) Demolombe, t. V, n° 166. — Laurent, t. III, n° 453. — Vâlette sur Proudhon, t. II, p. 59, note a. — Toullier, t. I, p. 389. — Paris, 4 juillet 1853. — D. P. 53, 2, 201.

(3) C. Cassat. Belg., 1^{er} février 1883. — Paris, 18 juin 1884. — D. A. Suppl. V° Paternité, n° 95, — Laurent, t. III, n° 443.

du mari; il se rattache seulement à sa mère elle-même en qualité d'enfant adultérin. Cette preuve d'adultérinité, légalement constatée, demeurera toujours, et c'est là, comme nous le verrons, un des cas très rares où la filiation adultérine est certaine. Nous examinerons par la suite quels droits sont accordés par la loi à l'enfant adultérin.

Le jugement qui admet ou qui rejette la demande en désaveu formée par le mari ou tous ses héritiers contre l'enfant ou tous ses héritiers a l'autorité de la chose jugée. Il n'y a là qu'une application pure et simple des principes de la chose jugée.

Mais si le jugement a été rendu, soit entre l'enfant et quelques-uns seulement des héritiers du mari, soit entre le mari ou tous ses héritiers et quelques-uns seulement des héritiers de l'enfant, soit enfin entre quelques-uns des héritiers du mari et quelques-uns seulement des héritiers de l'enfant, quel sera, dans ces divers cas, l'effet du jugement à l'égard des héritiers qui n'ont pas figuré dans l'instance et à l'égard des tiers? Nous pensons qu'à l'égard des uns comme des autres le jugement rendu doit demeurer sans effet. Il est de principe, en effet (art. 1351) que, suivant un brocart de droit célèbre, les jugements sont bons pour ceux qui les obtiennent, et que la chose jugée n'a d'effet qu'entre ceux qui y ont été portés ou représentés. Or l'un des héritiers soit du mari soit de l'enfant ne représente pas ses autres cohéritiers : le jugement rendu pour ou contre lui reste donc *res inter alios acta*. Et si les héritiers du mari ne peuvent opposer à l'enfant le jugement obtenu par un de leurs cohéritiers, à plus forte raison les tiers, qui sont évidemment dans une situation moins favorable,

ne le pourraient-ils pas. (1) Aussi, pour parer à ces complications, l'article 806 du Code de procédure a-t-il sagement fait d'autoriser le juge à ordonner, même d'office, la mise en cause de toutes les parties intéressées.

Le mari pourrait-il se désister du jugement qui aurait admis le désaveu et restituer ainsi à l'enfant sa légitimité? Il semble, au premier abord, que l'on doive répondre affirmativement : car le mari peut avoir été égaré par un ensemble de circonstances trompeuses ; pourquoi, étant donné qu'il aurait été le maître de ne pas engager l'action, ne pas lui permettre de reconnaître et de réparer son erreur? (2) A ces raisons, M. Demolombe répond fort justement : « c'est dans les mains du mari, sans doute, que l'action a été exclusivement remise ; il en est l'arbitre souverain en ce sens qu'il peut l'exercer ou ne pas l'exercer ; mais, dès qu'il l'exerce, c'est au nom de tous les intérêts qui s'y rattachent. Or la décision qui a prononcé le désaveu a exclu l'enfant de la famille paternelle et maternelle ; le droit est désormais acquis à tous de regarder l'enfant comme adultérin ; le mari ne saurait les en priver. L'effet du jugement sera donc absolu et irréparable. » (3)

(1) Duranton, t. III, n° 101. — Valette sur Proudhon, t. II, p. 60 et 67. — Demolombe, t. V, n° 177.

(2) Merlin, Questions de Droit, V° Légitimité, § 8. — Lyon, 7 février 1839. — D. A. V° Paternité, n° 201.

(3) Demolombe, t. V, n° 181.

§ 2. — *Recherche de la Paternité Adultérine.*

La loi prohibe tout à la fois d'une façon absolue la reconnaissance des enfants adultérins et la recherche de la paternité ou de la maternité lorsqu'elle doit avoir pour effet de constater une filiation adultérine. « Cette reconnaissance, dit l'article 335 du Code civil, ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux ou adultérin ; » et l'article 342 ajoute : « un enfant ne sera jamais admis à la recherche soit de la paternité soit de la maternité dans les cas où, suivant l'article 335, la reconnaissance n'est pas admise. » La forme prohibitive dont s'est servi l'article 335 a une énergie singulière, et il est certain que toute reconnaissance volontaire d'un enfant adultérin est nulle d'une nullité absolue, irréparable et perpétuelle qui peut être proposée en tout temps, nonobstant toute renonciation contraire, et par toute personne intéressée. Ainsi supposons qu'un enfant ait été reconnu par un homme marié et une femme libre, cette reconnaissance ne saurait avoir d'effet.

Mais cette question peut se présenter sous diverses formes qu'il est nécessaire d'examiner. Si les reconnaissances ont été faites séparément, il est évident que la reconnaissance du père est entachée d'adultérinité. Quant à la reconnaissance émanée de la femme, considérée isolément, elle est valable. Or, étant valable par elle-même, elle ne peut être viciée par la reconnaissance nulle du prétendu père. Pour soutenir le contraire, il faudrait dire que cette dernière reconnaissance, qui

ne fait pas preuve de la paternité lorsqu'il s'agit d'attribuer à l'enfant les aliments que lui accorde l'article 762 du Code civil, en fait preuve cependant pour opérer la nullité de la reconnaissance de la mère, ce qui est inadmissible. Peu importe du reste que la reconnaissance du prétendu père, marié, ait précédé ou suivi la reconnaissance de la mère.

Mais si l'homme marié et la femme libre ont fait la reconnaissance par un seul et même acte, la reconnaissance est nulle vis-à-vis de l'un et de l'autre : car il y a alors indivisibilité entre les deux reconnaissances, ou plutôt il n'y a qu'une reconnaissance unique, en sorte que l'enfant ne peut pas être réputé adultérin par rapport au père et simplement naturel par rapport à la mère. (1)

Il en serait de même si la mère, en reconnaissant son enfant naturel avait désigné comme père un homme marié : car cette désignation du père, bien que nulle à l'égard de celui-ci, forme l'un des éléments constitutifs de la reconnaissance et ne saurait être séparé de l'aveu de la maternité. (2)

Une solution identique s'impose dans l'hypothèse inverse : si l'enfant est né d'un père libre et d'une femme engagée dans les liens du mariage. (3)

Les enfants adultérins ne pourront jamais être légitimés par un mariage subséquent entre leur père et leur mère. L'article 331 s'y oppose formellement : « les

(1) Cassation, 1^{er} août 1827. — D. A., V^e Paternité, n^o 718, 1^{er}. — Demante, t. II, n^o 63 *bis*. — Aubry et Rau, t. VI, p. 216 et suiv.

(2) C. Bastie, 18 août 1845. — D. P. 45, II, 135. — Cass : 1^{er} mai 1861, D. P. 61, I, 241.

(3) Cass. 29 janvier 1883, D. P. 83, I, 319.

enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent. » Par suite, la déclaration faite dans l'acte de mariage ne saurait valoir ni aux yeux du père ni aux yeux de la mère, et elle devrait être absolument annulée. (1) Duranton en cite un exemple fameux dans l'ancien droit. Fiorelli, plus connu en France sous le nom de Scaramouche, avait connu en France une nommée Marie Duval dont il eut un enfant. Cette femme ignorait qu'il fut marié. Plus tard lorsque la femme légitime de Scaramouche fut morte, celui-ci épousa Marie Duval. En vain la fille de celle-ci prétendit-elle avoir été légitimée par ce mariage; sa prétention fut rejetée par un arrêt du 4 juin 1697, rendu sur les conclusions conformes de M. d'Aguesseau. (2)

C'est à l'époque de la conception qu'il faut se reporter pour apprécier le caractère de la filiation. De telle sorte que si, à l'époque de la conception, le père et la mère étaient libres, l'enfant ne sera pas adultérin, lors même qu'à l'époque de sa naissance l'un d'eux serait marié à une autre personne.

Supposons que les relations illicites ayant existé entre un homme et une femme reposent sur une erreur certaine, et que, par exemple, la femme ait eu une juste cause de se croire veuve, soit d'après un procès-verbal de décès, soit d'après quelque autre indice de la mort de son mari : l'enfant qui naîtra de ces relations illicites pourra-t-il être légitimé par le mariage subséquent du père et de la mère ? Bien que Demolombe semble pen-

(1) Trib. Arcis-sur-Aube, 23 février 1893. — D. P. 93, II, 564.

(2) Duranton, t. II, p. 307 et suiv.

cher vers une solution contraire, (1) j'estime que la légitimation par mariage subséquent est possible, parce que, dans cette hypothèse, l'enfant n'est pas adultérin. L'intention est, en effet, l'élément essentiel du délit : « *adulterium sine dolo malo non committitur* ; » or ici l'intention coupable fait entièrement défaut. Sans doute, la femme a commis une faute ; mais, ayant un légitime sujet de croire qu'elle était libre, elle pouvait se conduire comme elle voulait, et la faute qu'elle commettait ne pouvait constituer un délit. Il n'y a pas eu d'adultère, et dès lors, l'enfant ne saurait être considéré comme adultérin. Sa légitimation demeure donc possible.

Mais la solution ne resterait pas la même si l'un des parents de l'enfant avait su commettre un adultère, sans que l'autre en eût connaissance. Ainsi une femme a des relations avec un homme marié, mais dont elle ignore le mariage : l'enfant né de ces relations ne pourra pas être légitimé par un mariage subséquent. Ici, en effet, les conditions ne sont plus les mêmes que dans l'hypothèse précédente : le père sait qu'il est engagé dans les liens d'une précédente union, il est bel et bien coupable d'adultère. Par suite l'article 331 du Code civil s'applique d'une façon certaine : car l'enfant est incontestablement adultérin, puisqu'en lui donnant l'existence l'un de ses auteurs commettait sciemment un adultère.

Ici vient se placer la question relative au mariage putatif. Voici dans quels termes se pose le problème : deux personnes contractent mariage dans les formes régulières ; toutes les deux se considèrent comme libres ;

(1) Demolombe, t. V, n° 350.

mais, en réalité, une seule l'est ; l'autre est restée sans le savoir — par suite soit d'une erreur de droit, soit d'une erreur de fait : car aujourd'hui une jurisprudence constante se refuse à établir une distinction entre les deux cas — engagée dans les liens d'un précédent mariage qu'elle croyait sincèrement dissous : c'est par exemple, comme dans une des hypothèses que nous venons d'examiner précédemment, une femme qui se croit veuve sur la foi d'un procès-verbal de décès de son mari, et qui vient à se remarier. Au bout d'un certain nombre d'années, le premier mari reparaît et, usant de son droit, fait annuler le second mariage de sa femme. Les enfants nés de ce second mariage — de ce mariage putatif — doivent-ils être considérés comme adultérins ? Nullement, car aux termes de l'article 201 du Code civil « le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. » Le plus puissant effet que puisse produire le mariage putatif, c'est précisément de faire considérer les enfants qui en sont issus comme enfants légitimes, malgré le vice réel de leur naissance. La jurisprudence ne pouvait pas hésiter à consacrer une solution aussi équitable, aussi humaine et qui rentre absolument dans l'esprit de la loi. Un arrêt de la Cour de Chambéry du 15 juin 1869, en exprime d'une façon très heureuse les raisons : « Attendu, dit-il, que si, d'après l'article 331, l'enfant adultérin né avant le mariage ne peut être légitimé par un mariage subséquent, il n'en est pas de même des enfants nés pendant le mariage ; qu'en effet l'enfant, même né avant le 180^e jour de la célébration du mariage, est de plein droit légitime, sauf l'action en désaveu, même dans le cas où, à

l'époque de sa conception, la mère aurait été engagée dans les liens d'un autre mariage, et n'a pas besoin d'être reconnu ; que cela résulte du chapitre 1^{er} ainsi conçu : « de la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage, » où l'on considère ainsi comme légitimes tous les enfants nés dans le mariage ; que cette présomption est inscrite formellement dans l'article 314 du Code civil, qui, dans le cas où l'enfant est né avant le 180^e jour du mariage, n'admet pour combattre cette présomption que l'action en désaveu.... » (1)

Ce mariage putatif, qui fait légitimes les enfants qui en sont issus, produira-t-il le même effet à l'égard des enfants qui seraient nés avant la célébration du mariage ? Ces enfants seront-ils légitimés par le mariage putatif qui intervient entre leurs parents ? La jurisprudence et la doctrine sont unanimes à répondre négativement : « les effets du mariage annulé, dit M. Duranton, ne s'étendent qu'aux enfants issus de ce mariage : la faveur de la loi n'embrasse point ceux qui, nés de concubinage, ne sont réellement que des enfants adultérins. En vain, le conjoint alléguerait-il que, lorsqu'il s'est marié, il ignorait la cause qui rendait son mariage illicite : cette ignorance peut bien faire produire à son union tous les effets civils tant en sa faveur qu'en faveur des enfants qui en sont issus ; mais elle n'empêche pas que les enfants nés auparavant ne fussent adultérins. Or les enfants adultérins, ne pouvant être légitimés même par mariage valable (art. 311), ne peuvent à plus forte raison l'être par un mariage annulé. Cela s'applique même au

(1) C. Chambéry, 15 juin 1869. — D. P. 69, II, 188.

cas où, à l'époque de la conception de ces enfants, leurs père et mère ne croyaient pas commettre un adultère : car, de ce qu'ils ont cru faire un moindre mal en vivant dans le concubinage, les enfants n'en sont pas moins adultérins. » (1)

Si la reconnaissance d'un enfant adultérin est absolument prohibée, la recherche tendant à constater une paternité ou une maternité adultérine ne l'est pas moins. Elle ne peut avoir lieu ni en faveur de l'enfant ni à son détriment, ni par voie d'action, ni par voie d'exception, et même, dans un procès, toute production de pièces, toute investigation qui aurait pour objet de prouver une filiation adultérine, doit être repoussée. (2) Ainsi non-seulement l'enfant ne pourrait pas rechercher sa paternité mais encore on ne pourrait prouver contre lui qu'il est enfant adultérin et un tiers ne serait pas admis à établir cette filiation. (3) De même, nul ne pourrait soutenir que l'enfant qui a été reconnu par son père sans indication de sa mère est né d'une femme mariée. (4)

§ 3. — *Droits des enfants adultérins.*

« La loi, dit l'article 762, n'accorde aux enfants adultérins que des aliments. » Comment se fait-il que

(1) Duranton, t. II, p. 307 et suiv. — Demolombe, t. III, n° 365. — Valette et Proudhon, t. II, p. 170. — Aubry et Rau, t. V, p. 51 et note 13.

(2) Grenoble, 26 juin 1821. — D. A. V° Paternité, n° 714.

(3) Aix, 5 janvier 1882. — D. P. 82, II, 132. — Lyon, 22 janvier 1856, D. P. 56, II, 256.

(4) Cass. 22 février 1843. — D. A. V° Paternité, n° 711, note 3. — Paris, 8 mai 1879. — D. P. 82, II, 203. — Cass. 13 juin 1882. — D. P. 82, I, 308.

l'enfant adultérin ait des droits vis-à-vis de ses parents et puisse obtenir d'eux même des aliments, alors que, d'une part, la reconnaissance faite en sa faveur est nulle et non avenue, et que, d'autre part, la recherche de la filiation adultérine est prohibée d'une façon absolue? En d'autres termes, l'article 762 paraît en désaccord flagrant avec les articles 335 et 342 : cette contradiction est-elle réelle ou bien ces différents textes, en apparence opposés, ne peuvent-ils pas être conciliés? Plusieurs systèmes ont essayé de résoudre la question : nous allons indiquer les deux principaux.

Suivant une première opinion, la reconnaissance d'un enfant adultérin produit des effets pour lui et contre lui, en ce sens qu'elle lui donne droit à des aliments, mais qu'en revanche, conformément à l'article 908 du Code civil, elle le rend incapable de recevoir des libéralités de ses père et mère.

Il faut bien, en effet, que l'article 762, puisse être appliqué : or ce texte suppose nécessairement la validité de la reconnaissance, puisqu'il règle les effets de la filiation adultérine. L'intention du législateur à cet égard se trouve manifestement exprimée par un discours du tribun Siméon au Corps Législatif : « un homme aura signé comme père un acte de naissance sans faire connaître qu'il est marié à une autre femme que la mère du nouveau-né ou que sa mère est sa sœur ; il aura voulu faire fraude à la loi ; l'enfant se présentera dans la succession pour y exercer les droits d'un enfant naturel ; on le repoussera par la preuve qu'il est né d'un père qui ne pouvait légalement l'avouer, mais l'aveu de fait écrit dans son acte de naissance lui restera et lui pro-

curera des aliments. » (1) D'ailleurs, s'il en était autrement, on aboutirait à des conséquences véritablement iniques et immorales. Supposons qu'un homme marié ait d'une concubine deux enfants : l'un au cours du mariage, l'autre après sa dissolution ; il les reconnaît tous les deux. Il semble qu'aux yeux de la loi la situation du second (enfant naturel simple) doive être plus favorable que celle du premier (enfant adultérin). Et cependant si la reconnaissance que le père a faite de celui-ci est absolument nulle, le père pourra lui laisser tout ce dont il peut disposer, tandis qu'il ne pourra laisser à l'autre que la portion de biens limitée par l'article 757 ! (2)

Néanmoins la majorité des auteurs, appuyés par la jurisprudence la plus généralement suivie, enseignent avec raison que la reconnaissance de l'enfant adultérin est absolument nulle et ne peut produire aucun effet ni pour lui ni contre lui. Le texte de l'article 335 est décisif : « Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu... » Toute prohibition doit nécessairement avoir une sanction ; or il ne saurait y voir d'autre sanction que la nullité de l'acte de reconnaissance.

Ne pas admettre cette nullité, ce serait rendre complètement illusoire cette prohibition et donner toutes facilités pour la violer impunément. Quel est du reste le vœu de la loi ? C'est de protéger les mœurs publiques et d'empêcher le scandale, or ici le scandale résulterait bien plus du procès judiciaire qui

(1) Loqué, *Législat. Civile*, t. X, p. 294.

(2) Toullier, t. II, n^{os} 967 et suiv. — Proudhon et Valette, t. II, p. 155 et suiv. — Merlin, V^o Filiation, n^{os} 20 à 22. — Grenoble, 20 janvier 1831. — Paris, 22 juin 1839. — D. A. V^o Paternité, n^o 724.

aurait lieu que de la reconnaissance elle-même. Aux paroles du tribun Siméon, on peut opposer celles de M. Duveyrier : « cette reconnaissance, dit-il, sera impossible, s'il faut l'appuyer sur l'adultère. L'officier public ne la recevra pas ; et si, malgré lui, l'acte contient le vice qui l'infecte, cette reconnaissance nulle ne pourra profiter à l'enfant adultérin pour qui elle aura été faite. »

Mais alors, objecte-t-on, quand donc s'appliquera l'article 762 ? Il s'appliquera aux cas où, par la force même des choses, la filiation de l'enfant adultérin se trouvera légalement établie, et cette situation pourra se présenter dans les trois hypothèses suivantes : 1^o lorsque l'action en désaveu proposée par le mari ou ses héritiers est admise, ou lorsque, l'enfant ayant triomphé dans une action en réclamation d'état contre sa mère, le mari de celle-ci prouve qu'il n'en est pas le père ; 2^o lorsque le mariage dont est issu l'enfant est annulé parce que l'un des époux était déjà marié ; 3^o lorsque la filiation adultérine a été, par une erreur de fait ou de droit, constatée par une décision passée en force de chose jugée. (1) Mais, en dehors de ces trois hypothèses, jamais l'enfant n'aura droit à réclamer les aliments qui lui sont accordés par l'article 762.

Quelles sont, au point de vue pratique, les conséquences qui résultent de cette solution ?

A. — S'il n'y a point eu de reconnaissance, l'enfant peut recevoir de ses auteurs tout ce que ceux-ci peuvent donner en vertu des règles du droit commun.

(1) Duranton, t. III, n^o 195. — Marcadé, sur l'article 335, n^o 2. — Demolombe, t. V, n^o 587. — Cass. 3 février 1841. — D. A. V^o. Paternité, n^o 725. — Besançon, 20 février 1844. — D. P. 45, II, 277. — Cass. 12 décembre 1854. — D. P. 55, I, 53.

« Le législateur a pensé que, malgré cela, sa position n'était, sous aucun rapport, aussi bonne que celle de l'enfant reconnu. L'enfant en effet n'a pas d'état : c'est là une peine morale très réelle et très sévère ; de plus rien n'est plus précaire et plus fragile que les espérances de l'enfant non reconnu, abandonnées qu'elles sont à toutes les causes qui peuvent si souvent détourner sur d'autres objets l'affection de leurs auteurs. » (1)

B. — La reconnaissance d'un enfant adultérin ne le rend pas incapable de recevoir les libéralités de ses auteurs. C'est-là l'effet direct de la solution que nous venons d'admettre. (2)

La jurisprudence fait droit aux demandes d'aliments formées par des enfants adultérins en vertu d'un acte de reconnaissance dont ils avaient été l'objet ou d'obligations alimentaires souscrites par leurs parents. Elle a même admis que l'engagement pris par un homme marié de subvenir aux besoins des enfants dont elle est accouchée est valable et doit recevoir son exécution. (3)

C. — Mais la question devient plus délicate au cas où la libéralité et la reconnaissance sont faites par le même acte : Demolombe soutient que dans cette hypothèse la libéralité ne doit pas être annulée. Il n'y a pas, dit-il, un acte indivisible, mais deux actes distincts réunis en un seul. La libéralité existe d'une manière propre et indépendante, par elle-même et par elle seule, elle ne saurait être atteinte par la nullité de la reconnaissance, qui est considérée comme non existante et ne peut

(1) Demolombe, t. XIV, n° 527.

(2) Nancy, 20 mai 1816. — D. A. V° Paternité, n° 733.

(3) Caen, 10 juin 1862. — D. P. 62, II, 129.

produire aucun effet. La cause de la libéralité est-elle illicite ? Nullement, car quelle est ici la cause de la libéralité ? « Dans les contrats de bienfaisance, dit Pothier, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. » La cause de la libéralité, c'est la volonté de conférer un bienfait. Les circonstances, les considérations, les motifs qui ont pu exciter la bienveillance du disposant et produire cette volonté libérale, tout cela importe peu, ils ne sont pas la volonté même. La cour de cassation ne veut pas, lorsque la libéralité a eu lieu par un acte séparé que l'on rapproche cet acte de l'acte de reconnaissance ; c'est donc qu'il n'y a pas de cause illicite dans cette libéralité. (1)

La jurisprudence bien arrêtée de la Cour de cassation décide, au contraire, que l'acte qui contient à la fois la libéralité et la reconnaissance doit être annulé pour le tout. Il y a là, dit-elle, une disposition indivisible, de telle sorte que celui en faveur duquel elle est faite ne peut en répudier une partie pour réclamer le bénéfice du reste ; lorsque l'enfant viendra réclamer la libéralité, on pourra s'armer contre lui de la reconnaissance. Et puis il est impossible de nier que la reconnaissance soit la cause de la libéralité ; or l'article 1131 prononce la nullité de toute obligation dont la cause est illicite. Donc la libéralité dont il s'agit ne peut avoir aucun effet. « Un père, dit Laurent, reconnaît son enfant, il lui fait en même temps une libéralité ; et l'on dira que la reconnaissance n'est pas nécessairement la cause de la

(1) Demolombe, t. V, n^{os} 588-590,

libéralité ! Quand un père donne à son enfant, n'est-ce pas parce qu'il est son enfant ? Lui aurait-il donné s'il n'en était pas le père ? Pourquoi donc commence-t-il par faire l'aveu de sa paternité ? »

Mais il faut que l'acte contenant la libéralité renferme en même temps la preuve entière et complète que l'auteur de la libéralité se croyait le père de l'enfant gratifié et que cette opinion a été la cause déterminante du don qu'il lui a fait.

On ne saurait par suite attaquer une disposition testamentaire, comme ayant eu pour cause l'opinion, de la part du testateur, que le légataire était son enfant adultérin : la preuve d'une telle opinion est prohibée aussi bien que celle de la filiation adultérine. (1)

D. — Dans trois hypothèses, avons-nous dit, mais dans trois hypothèses seulement, l'enfant adultérin peut voir sa filiation adultérine légalement établie. Il nous reste à déterminer quels sont alors les droits de l'enfant.

C'est dans cette circonstance que s'appliquent les articles 762 et 908 : « la loi n'accorde aux enfants adultérins que des aliments. » — « Les enfants naturels ne pourront, par donation ou par testament rien recevoir au-delà de ce qui leur est attribué au titre des successions. »

L'enfant adultérin a droit à des aliments, mais c'est là une créance alimentaire et non un titre héréditaire ; ainsi un legs fait à titre d'aliments est réductible à la

(1) Aix, 5 janvier 1882. — D. P. 82, II, 131. — C. Pau, 16 juin 1884. — D. P. 85, II, 254. — Cass : 29 juin 1887. — D. P. 88, I, 295. — C. Paris, 15 février 1893. — D. P. 93, II, 416.

mesure des besoins réels de l'enfant, et toute personne intéressée peut en demander l'annulation ou la réduction. (1) Le droit de l'enfant existe même du vivant de ses père et mère : car c'est pour ces derniers une conséquence directe de l'obligation que leur impose la loi naturelle d'élever, de nourrir et d'entretenir leurs enfants ; d'ailleurs comment lui refuserait-on ce droit puisqu'il peut l'exercer sur leur succession ? D'après l'article 763 : « ces aliments sont réglés eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers légitimes. » Ce qu'il faut dire c'est que les aliments sont dûs eu égard aux besoins de l'enfant et aux facultés de la succession. Si l'enfant se trouvait à l'abri du besoin pour quelque cause que ce fût, il ne lui serait rien dû, car il n'a qu'une créance d'aliments et cette créance a pour cause et pour limite le besoin de ceux à qui elle est due. La loi n'a en vue que l'intérêt de la moralité publique et c'est entrer dans ses intentions que d'écarter l'enfant adultérin dès lors qu'il n'a pas à se plaindre de sa condition. (2)

Il existe un autre cas où l'enfant n'a rien à réclamer, c'est « lorsque son père ou sa mère lui ont fait apprendre un art mécanique ou lorsque l'un d'eux lui a assuré des aliments de son vivant » (art. 764 Code civil). Il suffit qu'un seul de ses auteurs ait ainsi agi vis-à-vis de lui pour que les deux successions se trouvent affranchies, car la loi a voulu, avant tout, tarir la source des scandales. Le métier de couturière appris à l'enfant ne

(1) C. Nancy, 20 mai 1816. — S. 1817, II, 149.

(2) Demolombe, t. XIV, n° 127. — En sens contraire, Demante, t. III, n° 82 *bis*.

rendrait point non recevable la réclamation de celui-ci, attendu, dit un arrêt, que « la couture dont les profits sont insuffisants pour fournir à la subsistance d'une personne qui n'aurait point d'autres ressources ne saurait être rangée au nombre des arts mécaniques dont parle l'article 364. »

Mais l'enfant n'a droit à rien autre chose qu'à sa créance alimentaire. Ainsi son père ou sa mère ne peuvent rien lui donner par donation ou testament qui excède la dette alimentaire, conformément à l'article 908. Et si ses parents venaient à décéder sans laisser d'héritiers, il n'aurait aucun droit dans leur succession, qui serait dévolue à l'Etat (art. 767 et 768, Code civil).

Les père et mère de l'enfant adultérin peuvent-ils, à leur tour, lui réclamer des aliments? Je ne le pense pas, car aucun texte ne leur attribue ce droit; et, d'autre part, la loi ne reconnaît en principe aucun effet civil au lien qui unit les père et mère à leur enfant adultérin. On objecte la réciprocité de l'obligation alimentaire: mais on conçoit qu'ici il n'y ait pas de réciprocité et que l'on refuse au père coupable, en punition de sa faute, une faveur que l'on accorde à l'enfant. On objecte encore le devoir de piété que doivent les enfants à leur père et mère; mais, suivant l'expression de M. Laurent, « ne serait-il pas aussi scandaleux de voir un homme invoquer sa honte et son crime pour s'en faire un droit? » (1)

A qui est dévolue la succession de l'enfant adultérin? A ses descendants, à son conjoint survivant ou à l'Etat. Elle ne peut jamais revenir à ses père et mère: on ne

(1) Laurent, t. III, n° 61. En sens contraire; Demolombe, t. IV, n° 19,

peut succéder qu'en vertu d'une disposition de la loi ; or il n'en est point qui donne ce droit aux parents de l'enfant adultérin. D'ailleurs ne serait-il pas inique que l'enfant qui est innocent fût exclu de la succession de ses père et mère, et que ceux-ci qui sont, au contraire, coupables puissent néanmoins recueillir la sienne ?

Tels sont les droits purement pécuniaires qui appartiennent à l'enfant adultérin. Il en est d'autres que nous avons maintenant à indiquer.

La loi naturelle veut qu'on remplisse indistinctement à l'égard de tous les enfants les devoirs de la paternité. Aussi les enfants adultérins ont-ils certains droits et certains devoirs que le droit naturel attribue à tout enfant.

Les enfants adultérins ne sont attachés par aucun lien aux auteurs de leurs jours et aux parents de ceux-ci. Cependant ils doivent à leurs père et mère honneur et respect, et les dispositions légales qui touchent à ce devoir leur sont exactement applicables, notamment : celles qui concernent le parricide (art. 299 C. pénal), les coups et blessures portés aux père et mère (art. 312 C. pénal), l'exercice de la contrainte par corps (loi du 22 juillet 1867, art. 15), et les dépositions des parents en justice (art. 322, C. d'instruction criminelle).

L'obligation pour les parents de nourrir, d'élever et d'entretenir leurs enfants est également maintenue vis-à-vis des enfants nés de l'adultère. (1) Ce n'est pas en effet une conséquence du mariage, mais une conséquence de la procréation ; et c'est un devoir sacré que l'on doit

(1) Demolombe, t. IV, nos 16 et 17.

ériger en principe dans l'intérêt même de l'ordre social. Nous avons déterminé, en étudiant les droits pécuniaires des enfants adultérins, l'étendue de cette obligation.

Les père et mère de l'enfant adultérin ne peuvent exercer sur lui la puissance paternelle, et par suite celui-ci n'est pas contraint de leur demander le consentement ou le conseil requis pour le mariage par les articles 148 et 151 du Code civil. Ils n'ont pas davantage la tutelle légale. Le principe de ces privilèges accordés aux père et mère, c'est la confiance de la loi dans ceux qu'elle en investit; or, dit Demolombe, il est très logique et très exemplaire que la loi n'accorde pas une telle confiance aux auteurs de l'adultère; et, puisqu'on place l'inconduite et le désordre des mœurs au premier rang des causes qui entraînent la destitution de ces sortes de pouvoirs (art. 444 C. civil), il y aurait eu contradiction à en faire ici des titres à la confiance du législateur. (1)

La parenté adultérine produit les mêmes empêchements au mariage que la parenté légitime : « *jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* »

L'enfant adultérin a-t-il le droit de porter le nom de ses auteurs? Une simple reconnaissance de sa filiation, étant radicalement nulle et de nul effet, ne saurait lui donner ce droit, et les enfants légitimes pourraient s'y opposer. (2) Mais, si la filiation de l'enfant est légalement établie, l'enfant pourra prendre le nom de celui de ses auteurs envers lequel sa filiation est établie. En effet,

(1) Demolombe, t. V, n° 597. — C. Toulouse, 25 juillet 1809. — D. A. V° Minorité, n° 687, 3°. — Laurent, t. IV, n° 140.

(2) Bordeaux, 4 juin 1861. — D. A. Supplém, V° Paternité, n° 316, note 1. — Angers, 8 décembre 1824. — Ibid. n° 446.

la transmission du nom n'est-elle pas le moyen le plus simple et plus pratique de distinguer les rapports de filiation ? Veut-on argumenter du silence du Code civil à cet égard ? Mais le silence du Code est le même vis-à-vis de l'enfant légitime, qui, bien entendu, prend le nom de son père. Notre ancienne jurisprudence, si sévère pourtant contre les enfants illégitimes, admettait la solution que nous indiquons et un arrêt du Parlement de Paris du 18 juin 1807 l'appliquait à l'enfant adultérin.

Enfin disons que la qualité d'enfant adultérin n'exerce aucune influence sur les droits civils et politiques de l'enfant ; il jouit de tous les droits qui appartiennent aux Français. Et il ne saurait y avoir de doute sur ce point, « en présence de ce grand et noble principe d'égalité si profondément gravé dans nos lois et dans nos mœurs. »

Il nous semble indispensable, avant de terminer cette étude, de dire quelques mots sur les propositions de loi qui ont été déposées, dans le courant de ces dernières années, concernant les enfants naturels. Toutes ces propositions sont unanimes pour reconnaître et critiquer la sévérité excessive dont le Code civil a fait preuve vis-à-vis de ces enfants et pour réclamer énergiquement une refonte de notre législation à cet égard.

Le 28 octobre 1888, MM. Letellier, Rivet et Jullien déposèrent sur le bureau de la Chambre des Députés une proposition ayant pour but de donner à l'enfant naturel

reconnu dans les successions de son père et de sa mère les mêmes droits qu'à l'enfant légitime, mais en l'excluant, au cas du prédécès de ses père et mère, de la succession des autres ascendants et aussi de celle des collatéraux. La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité naturelle ou légitime serait dévolue, d'après ce projet, au père ou à la mère qui l'a reconnu ; et, à sa mort, si les biens dont il avait hérité de ses père et mère (ceux-là seulement) se retrouvent en nature dans sa succession, ses frères légitimes ou naturels reconnus sont appelés à les recueillir par égale part. L'enfant naturel n'héritant pas des parents de ses père et mère, ces parents, par réciprocité, n'héritent pas de l'enfant naturel. Cet enfant n'entre pas dans la famille : il n'a qu'un droit égal à celui de l'enfant légitime dans le partage de la succession de son père ou de sa mère qui l'a reconnu.

Ce projet fut repris par ses auteurs pendant le cours de la législature 1889-1893, et un rapport fut déposé par M. Letellier dans la séance du 24 juillet 1890 : (1) « l'expérience, dit ce rapport, a montré la gravité de l'erreur commise par les rédacteurs du Code. Le remède qu'ils ont voulu apporter à un état de choses malheureux n'était pas propre à guérir le mal ; la sévérité avec laquelle on a traité les enfants naturels n'a pu empêcher les naissances irrégulières. En cherchant à punir les enfants de la faute de leurs parents l'on n'a pas fait une œuvre utile à la société, mais l'on a commis une injustice. Quelle que soit la qualité des

(1) Journal Off. Chambre des Députés. — Documents parlementaires. — Annexe, n° 866, p. 1630.

héritiers légitimes avec lesquels il se trouve en concours, l'enfant naturel doit recevoir la même part que s'il eût été légitime. Le respect que le législateur professe pour le mariage et pour la famille ne doit plus se traduire en un profit pécuniaire pour les héritiers légitimes. La législation actuelle, bien loin de tenir compte de l'affection du défunt pour ses enfants naturels contraire, méconnaît absolument la volonté présumée du père de famille. N'est-il pas illogique de présumer que le père qui a laissé à la fois des enfants légitimes et des enfants naturels n'a pour ces derniers que le tiers de l'affection qu'il a pour les autres ? N'est-il pas absurde de supposer qu'il ait voulu appeler à concourir avec ses enfants naturels des collatéraux au douzième degré ? L'enfant, qu'il soit issu ou non d'une union légitime, occupe toujours la première place dans le cœur d'un père ou d'une mère ; il est contraire à l'équité de méconnaître d'une façon aussi grave l'affection paternelle.

...» Pour honorer le mariage, le législateur de 1803 est arrivé à ce résultat qu'un père est dans l'impossibilité de traiter son enfant naturel aussi bien qu'un étranger. Aussi le père qui veut s'acquitter envers son enfant naturel de la dette qu'il a contractée en lui donnant le jour ne le peut qu'à la condition de s'abstenir de donner son nom à cet enfant : dans l'intérêt bien entendu de ce dernier, il ne devra pas le reconnaître.

...» Les dispositions du Code civil restrictives des droits successoraux des enfants naturels sont impuissantes à protéger la moralité publique et sont empreintes d'une rigueur injuste et dangereuse...»

Si nous avons cité presque en entier le rapport de M. Letellier, c'est qu'il nous paraît résumer de la façon la plus heureuse les arguments de justice, de moralité et d'honnêteté qui militent en faveur de l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes au point de vue successoral.

Ce projet ne fut cependant pas adopté tel qu'il était conçu : la Chambre, tout en consentant à entrer dans la voie qui lui était tracée, ne voulut point y persévérer jusqu'au bout ; et, dans sa séance du 21 juillet 1893, elle adopta une proposition destinée à tenir le milieu entre les rigueurs étroites du Code civil et le projet généreux et bienveillant de M. Letellier. Voici le sens des dispositions votées par la Chambre : lorsqu'il se trouvera en concours avec des descendants légitimes, l'enfant naturel légalement reconnu aura droit à la moitié de la part héréditaire qu'il aurait été appelé à recueillir s'il eût été légitime. Lorsqu'il n'y aura point de descendants légitimes, mais seulement un ou plusieurs ascendants, l'enfant naturel légalement reconnu aura droit à la moitié de la succession en pleine propriété et à la nue propriété de l'autre moitié. Le ou les ascendants auront, dans tous les cas, et nonobstant toute disposition entre-vifs ou testamentaire, droit à l'usufruit de cette seconde moitié.

A défaut de descendants ou d'ascendants légitimes du défunt, l'enfant naturel légalement reconnu aura droit à la totalité de la succession. Le père ou la mère qui les a légalement reconnus pourra, lorsqu'il se trouve en concours avec des descendants légitimes, léguer à chaque enfant naturel une part d'enfant légitime, sans qu'en aucun cas un enfant naturel puisse

recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins pré-nant. Enfin la réserve appartenant aux enfants naturels légalement reconnus est fixée à la moitié de celle des enfants légitimes. (1)

Ce n'était là qu'un moyen terme admis par les auteurs de la proposition pour encourager le législateur à faire un premier pas dans la voie de réforme. Bientôt de nouveaux projets se firent jour et l'un d'eux fut déposé à la Chambre le 28 novembre 1893 par M. Naquet. M. Naquet va beaucoup plus loin que ne l'avaient fait MM. Letellier, Rivet et Jullien : sa proposition, à peu près semblable aux dispositions de la loi du 12 brumaire an II, donne à l'enfant naturel reconnu les mêmes droits de successibilité qu'à l'enfant légitime tant sur les successions des ascendants que sur celle des collatéraux, et, par réciprocité, permet aux aïeux et aux collatéraux de succéder à l'enfant naturel, à défaut de descendants légitimes ou naturels. En un mot, M. Naquet considère l'enfant naturel comme membre de la famille et lui donne les mêmes titres, les mêmes droits, le même rang, la même parenté qu'à l'enfant légitime. Il nous est impossible d'entrer complètement dans la façon de voir de M. Naquet. Sans doute vis-à-vis de son père et de sa mère qui l'ont reconnu, l'enfant naturel devrait — nous l'avons dit — être traité aussi équitablement que l'enfant légitime : car, par cette reconnaissance, le père ou la mère entend traiter l'enfant comme sien, lui donner les mêmes droits, les mêmes titres, le même nom, la même part d'affection qu'à

(1) Journal Off., Chambre des Députés, n° 459, 866, 1733 (5^e légis.)

l'enfant qui naîtrait plus tard d'une union sanctionnée par le mariage : ici la loi doit respecter la volonté du père. Mais est-ce à dire que l'enfant naturel doive avoir aussi des droits sur la succession des aïeux et des collatéraux ? Nullement : le lien naturel et civil n'existe qu'entre l'enfant naturel et celui qui l'a reconnu : les ascendants et les collatéraux sont des tiers auxquels la reconnaissance ne saurait nuire, et ce serait aller contre la volonté et l'affection présumée du défunt que de faire participer à sa succession un enfant qui lui demeure étranger et qu'il n'a peut être pas voulu connaître.

Au Sénat, la question ne laisse pas non plus d'être très discutée. Le projet qui a été adopté par la Chambre des Députés au mois de juillet 1893 n'a pas semblé — à juste titre — à MM. Demôle et Tolain contenir une amélioration suffisante à la misérable situation qui est faite par le Code civil aux enfants naturels, et les deux honorables sénateurs ont déposé à leur tour une nouvelle proposition qui n'est, d'après leur déclaration même, que la reproduction de celle présentée à la Chambre par MM. Letellier, Rivet et Jullien et écartée pour faire place au texte que nous avons indiqué. « Les enfants naturels légalement reconnus, dit l'article 1^{er}, héritent de leur père et mère ou de l'un d'eux seulement si l'autre ne les a pas reconnus, au même titre et de la même façon que les enfants légitimes, et toutes les dispositions édictées en faveur de ceux-ci aux titres des successions, des donations et des testaments leur sont applicables. Ils n'ont aucun droit dans les successions des parents de leurs père et mère. »

Les jurisconsultes les plus distingués sont, il faut le reconnaître, loin de s'entendre sur cette question si

grave et si complexe. Pour nous, cette proposition nous semble — nous avons émis la même opinion sur celle de M. Letellier — basée sur un principe absolument juste et absolument naturel.

Le législateur — disons-le en terminant — est loin d'être animé, en faveur des enfants adultérins, de l'ardeur et de la générosité qu'il déploie au profit des enfants naturels simples. M. Naquet se borne à rappeler quelles étaient à l'égard des enfants adultérins les dispositions de la loi de brumaire an II, mais sa proposition reste complètement muette sur ce point. De même, le texte voté en juillet 1893 par la Chambre passe la question sous silence. En revanche les propositions de M. Letellier à la Chambre, et de MM. Demôle et Tolain au Sénat abordent le problème, mais c'est pour le déclarer aussitôt résolu d'une façon suffisante par le Code civil : « Ces dispositions, disent-elles l'une et l'autre, ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments. » Nous ne pouvons ici encore que nous associer à cette manière de voir : il y a là une sanction nécessaire et très morale que M. Letellier a parfaitement justifiée dans ces quelques mots : « il est impossible de traiter à l'égal de l'enfant simplement naturel l'enfant adultérin, dont la filiation porte atteinte aux principes les plus essentiels de la famille et de la société. »



DROIT COMPARÉ

Il n'est pas sans intérêt, avant de clore cette étude, de jeter un coup d'œil rapide sur les législations qui nous entourent, afin de connaître quels sont, parmi les différents systèmes de répression qui ont été appliqués à l'adultère, ceux qui sont aujourd'hui le plus généralement adoptés, et d'apprécier ainsi d'une façon certaine les tendances du Droit moderne.

Toutes les législations sont unanimes pour poser le principe que les époux sont mutuellement astreints au devoir de fidélité. L'obligation est partout la même, la sanction seule varie suivant les peuples. En thèse générale, une double sanction est établie, l'une pénale, l'autre civile : il est nécessaire de les distinguer et d'étudier chacune d'elles d'une façon particulière.

SECTION 1^{re}. — *Sanction civile de l'Adultère.*

Le divorce est actuellement admis par presque toutes les nations européennes. Cependant quelques Codes le proscrivent encore, et lui substituent, comme autrefois en France, la séparation de corps : c'est la règle adoptée notamment en Italie, en Espagne, au Portugal, et dans l'Autriche-Hongrie pour les catholiques.

Au point de vue de la sanction civile de l'adultère, les législations étrangères peuvent être rangées en deux catégories : les unes — que nous appellerons législations des pays d'inégalité — établissent une distinction fondamentale entre l'adultère du mari et l'adultère de la femme ; les autres — législations des pays d'égalité — mettent sur le même pied et traitent d'une façon identique l'adultère de chacun des époux. En dehors et en outre

de ces deux catégories bien tranchées et bien définies, il nous restera à examiner la législation anglaise qui présente à cet égard une physionnomie toute spéciale et toute personnelle. (1)

§ 1. — *Législations des Pays d'inégalité.*

Ces législations posent en principe, comme nous venons de l'indiquer, que l'adultère du mari et l'adultère de la femme sont chose distinctes, ayant des conséquences toutes différentes et que la sanction prononcée par le législateur ne doit pas être la même pour l'un et pour l'autre. C'était la théorie adoptée par le Code civil, jusqu'aux lois de 1884 et de 1886.

I. — *En Belgique*, on n'a pas cessé d'appliquer au divorce et à la séparation de corps les règles édictées par notre Code civil.

II. — De même, dans le *Grand-Duché de Bade*, la législation française de 1804 est aussi demeurée en vigueur, avec cette toute petite modification que la femme peut demander le divorce lorsque le mari tient sa concubine si près du domicile conjugal qu'il peut la voir à chaque instant.

III. — *Italie*. — D'après le Code civil italien de 1865, l'adultère de la femme est une cause péremptoire de séparation de corps. Au contraire, l'adultère du mari n'autorise la séparation que si ce dernier a entretenu sa

(1) Bulletin de la Société de Législation comparée (avril-mai 1893, p. 293 et suiv.) Etude critique sur « la fidélité conjugale et l'adultère » par M. Louis Bridel, professeur de Législation comparée à la Faculté de Droit de Genève.

concubine dans la maison commune ou notoirement dans un autre lieu, ou s'il y a eu des circonstances telles que le fait constitue une injure grave pour la femme (art. 148-158).

IV. — *Espagne*. — En Espagne, tout adultère de la femme permet au mari de demander la séparation de corps. Quant à l'adultère du mari, il ne peut motiver une demande en séparation que s'il a été entouré d'un scandale public, s'il a été commis au domicile conjugal ou s'il a amené un abandon complet de l'épouse (art. 105, C. civil de 1889). Notons encore que le mariage est prohibé, sous peine de nullité, entre l'épouse coupable et son complice, après le prédécès de l'époux offensé.

V. — *Portugal*. — L'adultère de la femme est toujours une cause de séparation de corps. Il n'en est ainsi de l'adultère du mari qu'autant qu'il a été accompagné d'un scandale public ou d'un abandon complet de la femme ou de l'entretien de la concubine au domicile conjugal (art. 1204, C. civil).

§ 2. — *Législations des Pays d'égalité.*

Dans les pays d'égalité, le législateur, plus équitable et plus humain, applique à l'homme et à la femme adultères la même sanction civile. C'est dans ce sens que le législateur français de 1884 a conçu les articles 228 et suivants du Code civil.

I. — C'est également le même système qui est suivi en *Autriche-Hongrie*. L'adultère de l'un ou de l'autre époux donne naissance soit au divorce, soit à la séparation de

corps, suivant qu'il s'agit de non-catholiques ou de catholiques. Il n'est fait à cette règle qu'une seule exception qui regarde les juifs: l'adultère n'est une cause de divorce entre Israélites que s'il a été commis par la femme (C. civil, art. 119). Enfin le mariage est prohibé d'une façon absolue entre l'époux coupable et son complice.

II. III. IV. — *En Russie* (Ukase du 6 février 1850) ; *en Suisse* (Loi fédérale du 24 décembre 1874, art. 46) ; *dans les Pays-Bas* (art. 264, C. civil) le divorce peut être aussi prononcé à l'encontre des deux époux indistinctement.

V. — *Allemagne*. — Les Lois des divers états de l'empire Allemand sont d'accord pour placer sur le même rang l'adultère du mari et l'adultère de la femme. La loi du 6 février 1875 prohibe l'union de l'époux coupable avec son complice, et même, à Hambourg, l'époux coupable perd le droit de se remarier avec qui que ce soit. Les lois de la Bavière, de la Saxe et du Wurtemberg rejettent la demande en divorce lorsque les deux époux sont respectivement coupables de torts réciproques.

VI. — *Danemark*. — Le divorce peut être prononcé dans tous les cas d'adultère, à moins que les époux n'aient continué la cohabitation commune, ou qu'il n'y ait entre eux compensation des torts. L'époux innocent peut contracter un nouveau mariage aussitôt après le jugement de divorce ; mais la femme qui s'est rendue coupable d'adultère ne peut se remarier qu'au bout de trois ans, avec l'autorisation royale, et à la condition d'avoir justifié que, pendant ce temps, sa conduite n'a rien laissé à désirer (Code de 1864, liv. III, chapitre 16, art. 15).

VII. — *Suède*. — Aux termes du Code Suédois de 1734, le divorce est prononcé pour adultère de l'un ou l'autre époux. Les complices ne peuvent jamais se remarier même après le décès du conjoint innocent, et l'époux coupable ne peut se remarier avec quiconque ce soit, tant que son conjoint n'est pas lui-même remarié ou décédé. Mais cette interdiction peut être levée par une autorisation royale, moyennant le consentement de l'époux qui a obtenu le divorce. Si, malgré cette prohibition, il était contracté mariage, cette union serait nulle et le coupable encourrait une amende de vingt dalers.

§ 3. — *Législation de l'Angleterre.*

La Loi Anglaise offre ce caractère particulier qu'elle établit une distinction capitale entre la séparation de corps et le divorce, au point de vue de l'adultère. Il y a égalité parfaite entre les époux en ce qui concerne la séparation de corps. L'adultère de l'un ou de l'autre des époux suffit à la rendre admissible. Mais les mêmes principes ne s'appliquent pas au divorce : le divorce peut être demandé par le mari en raison de tout adultère de sa femme ; au contraire, l'adultère du mari n'est une cause de divorce que s'il est accompagné de circonstances particulièrement aggravantes, telles que l'inceste, la bigamie, la sodomie, le rapt, l'abandon. Le conjoint coupable peut épouser son complice. On se fait même, paraît-il, un point d'honneur d'épouser après divorce la femme mariée que l'on a détournée de ses devoirs. C'est là une disposition tout-à-fait spéciale à la Loi Anglaise ; elle est du reste tout à son éloge.

SECTION II. — *Sanction pénale de l'Adultère.*

Nous sommes obligés de reprendre ici la division que nous venons de suivre et de distinguer à nouveau les pays d'inégalité et les pays d'égalité.

§ 1. — *Pays d'inégalité.*

I. — Nous savons qu'en France la femme adultère est condamnée à une peine d'emprisonnement variant de trois mois à deux années ; et le mari à une amende de cent francs à deux mille francs.

II. — *Japon.* — Le nouveau Code pénal du Japon contient sur cette matière des dispositions analogues à celles de notre Droit Français.

III. — *En Belgique.* — La peine est, à l'égard de la femme, celle qui a été édictée par la loi française ; mais le mari qui a tenu sa concubine au domicile conjugal est frappé d'un emprisonnement d'un mois à un an, emprisonnement auquel il est toujours loisible à la femme de mettre fin par son pardon (art. 387 à 390). Enfin l'homicide, les blessures et les coups sont excusables lorsque le crime ou délit est commis par l'un des époux sur l'autre époux et son complice à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère (art. 443, Code pénal de 1868).

IV. — *Italie.* — Le nouveau Code pénal italien punit de 4 mois à 30 mois de détention l'adultère de la femme, et il inflige la même peine au mari qui a entretenu sa concubine au domicile conjugal (art. 331 et 332 Code

pénal de 1890). L'homicide ou les blessures dont la femme et son complice surpris en flagrant délit d'adultère ont été victimes de la part du mari sont punis d'une pénalité inférieure de quatre à cinq degrés à celle du droit commun (art. 353).

V. — *Espagne*. — Le Code pénal Espagnol de 1870 a presque entièrement reproduit les dispositions de notre Code. La femme coupable et son complice sont frappés d'un emprisonnement correctionnel, sauf au mari à arrêter par le pardon les effets de la condamnation. L'adultère du mari est également puni, sur la demande de sa femme, d'un emprisonnement correctionnel, mais seulement s'il a tenu sa concubine au domicile conjugal, ou si, hors de ce domicile, ses désordres ont causé quelque scandale. Et — innovation remarquable assez heureuse, — le séjour au lieu du délit peut être interdit à sa complice pour un temps déterminé (art. 448 et suivants).

VI. — *Portugal*. — La législation Portugaise punit l'adultère de la femme de la déportation à temps; la même peine est appliquée, sans préjudice de tous dommages-intérêts, au complice qui connaissait le mariage de la femme. Le mari qui est lui-même coupable d'adultère ou qui a favorisé l'inconduite de sa femme ne pourrait porter plainte contre celle-ci. L'entretien d'une concubine au domicile conjugal entraîne pour le mari, sur la dénonciation de sa femme, un emprisonnement de trois mois à trois ans. (art. 401 et suiv.)

VII. — *Grand-Duché de Luxembourg*. — En ce qui concerne l'adultère de la femme, on suit les dispositions tracées par notre Code pénal. Mais le mari convaincu d'avoir entretenu sa concubine dans la maison conjugale

peut être condamné à un emprisonnement d'un mois à un an. La femme a le droit d'arrêter les effets de la condamnation en consentant à reprendre la vie commune (loi du 18 juin 1879, livre II, tit. VII, chap. VIII, art. 387-391.

VIII. — *Mexique*. — L'adultère de la femme et de son complice est, aux termes du nouveau Code Mexicain de 1874 (liv. III, chap. 6, art. 821 et suivants), puni de deux ans de prison. L'adultère du mari est puni d'un an de prison lorsqu'il a été commis dans le domicile conjugal ou qu'il a causé du scandale.

§ 2. — *Pays d'égalité*.

On peut ramener à trois types les systèmes de répression pénale qui ont été édictées par les diverses législations des pays d'égalité. Le premier prononce une peine sans se préoccuper en aucune manière des conséquences qui peuvent résulter au point de vue civil de l'adultère commis. Le second au contraire envisage surtout les effets civils de l'adultère et il n'inflige une peine qu'autant que l'époux offensé a déjà obtenu le divorce ou la séparation de corps. Enfin le troisième système, estimant que l'adultère relève uniquement de la morale et du droit civil, s'abstient de toute sanction pénale.

A. — Premier système : l'adultère est par lui-même un délit et doit dans tous les cas entraîner une répression pénale.

I. — *Autriche*.— Ce système est appliqué en Autriche, et l'adultère est puni, sur la plainte du conjoint offensé, d'une détention d'un à six mois. Le complice subit le même sort. L'époux outragé peut user du droit de grâce s'il consent à reprendre la vie commune, mais le pardon ne profite pas au complice (art. 267 et 503).

II. — *Suède*.— Le Code Suédois établit une distinction. L'homme marié ou la femme mariée qui commettent adultère sont punis soit d'une amende, soit d'un emprisonnement de 6 mois au plus; et leur complice est frappé d'une amende. Mais si les coupables sont tous les deux mariés, la peine consiste en un emprisonnement de six mois à deux ans (chapitre 17, §§ 1 et 2).

III. — *Pays-Bas*.— Aux termes de l'article 241 du Code Hollandais de 1881, sont punis d'un emprisonnement de six mois au plus, sur la plainte de l'époux offensé : la personne mariée qui commet un adultère ; et celle qui n'étant pas mariée commet l'acte, sachant que son complice est marié.

IV. — *Suisse*. — La législation fédérale Suisse ne s'est pas occupée de la répression pénale de l'adultère ; elle a laissé à chaque loi cantonale le soin de l'établir. Les peines se trouvent ainsi très variées : l'adultère du mari ou de la femme, dit le Code pénal Vaudois, est puni par un emprisonnement qui ne peut excéder six mois ou par une amende qui ne peut excéder six cents francs (Code 1843, art. 207). L'emprisonnement est de quarante jours dans le canton de Berne (art. 175), et de deux à quatre mois dans le canton de Fribourg (art. 398 et 400). Les Codes des cantons de Thurgovie, des Grisons, du Valais, de Lucerne, d'Obwalden, de Glaris, de Saint-Gall, édictent des dispositions analogues.

V. — *Russie*. — L'article 1585 du Code pénal Russe de 1866 punit tout conjoint adultérin de la détention dans un couvent, ou, dans le cas où il n'existerait dans la localité aucun couvent de sa confession, d'un emprisonnement de quatre à huit mois, sans préjudice des pénitences ecclésiastiques qui pourront lui être infligées par l'autorité religieuse. Le complice, en outre des mêmes peines religieuses, encourt un emprisonnement de deux à quatre mois ou des arrêts de trois semaines à trois mois.

D'après le projet de Code pénal actuellement en élaboration : « est punissable de prison jusqu'à six mois l'époux qui se rend coupable d'adultère. » Ajoutons que la commission saisie de ce projet estime que l'on ferait mieux de retrancher l'adultère du nombre des délits pour ne l'envisager qu'au point de vue purement civil.

VI. — *Royaume d'Annam*. — La législation Annamite contient au sujet de l'adultère des dispositions pénales assez curieuses.

« Tout mandarin en exercice ou toute personne soit civile soit militaire qui commettront un adultère avec la femme légitime d'un mandarin en exercice seront condamnés ainsi que la femme coupable à la strangulation avec sursis. Si le crime a été commis par un mandarin en exercice avec la femme légitime d'une personne quelconque du peuple civil ou militaire, ledit mandarin sera destitué et cassé de ses dignités. Il sera puni, en outre, de cent coups sans pouvoir offrir de rachat pour cette peine. La femme sa complice sera mise à la cangue pendant un mois et frappée de cent coups.

» L'adultère entre personnes du peuples, soit civiles soit militaires entraînera pour les coupables la peine de la cangue pendant un mois et cent coups de bâton.

» L'adultère commis entre esclaves, soit de la même maison soit de maisons différentes, entraînera pour les deux coupables la peine de cent coups de bâton. Il en sera de même pour l'adultère commis par une personne du peuple avec l'esclave ou la concubine d'un mandarin ou d'une autre personne du peuple.

» Toute personne qui favorise ou autorise l'adultère de sa femme légitime ou sa de concubine sera punie, ainsi que les deux coupables d'adultère, de quatre-vingt-dix coups.

» Tout esclave ou serviteur à gages qui aura commis l'adultère avec la femme légitime du maître sera condamné à la décapitation immédiate.

VII. — *Chine.* « Tous les individus, revêtus ou non de fonctions officielles, qui auront commis un adultère avec la femme principale de tout officier civil ou militaire du gouvernement, subiront la mort par strangulation, et la femme complice sera sujette à la même peine.

» Tout officier civil ou militaire du gouvernement qui commettra un adultère avec la femme principale d'un simple particulier sera dégradé et puni de cent coups, et portera la cangue pendant une heure.

» Dans tous les cas ordinaires d'adultère commis par le peuple, les deux coupables recevront chacun cent coups et porteront la cangue pendant une heure. Quand les coupables sont esclaves tous les deux, ils sont punis seulement de cent coups.

» Lorsqu'un mari surprendra en adultère une quelconque de ses femmes, s'il tue sur le champ le séducteur ou sa complice, ou même tous les deux, il n'en subira aucune peine ; si dans ce cas le mari ne tue pas sa femme, elle sera punie suivant la loi et vendue ensuite à un autre mari, et l'argent qui proviendra de cette vente sera remis au gouvernement.

» Si la femme adultère tramait avec son complice la mort de son mari, elle subirait la mort par une exécution lente et douloureuse ; si le coupable tuait le mari sans que la femme y eût participé, elle subirait la mort par strangulation. (Lois criminelles, chapitre IX, sections 366 et suivantes). »

B. — Le deuxième système, avons-nous dit, ne considère l'adultère comme un délit qu'autant que le divorce ou la séparation de corps ont été antérieurement prononcés entre les époux.

I. — *Allemagne*. — C'est ainsi que le Code pénal promulgué le 31 mai 1870 et applicable aujourd'hui à tous les Etats dont se compose la Confédération Allemande, porte que « l'adultère, lorsqu'il aura entraîné le divorce, sera puni à l'égard du conjoint coupable et de son complice, d'un emprisonnement de six mois au plus. » (art. 172).

II. — *Hongrie*. — De même, en Hongrie, la loi du 28 mai 1878 (art. 246, alinéa 1) décide que l'adultère sera puni au maximum de trois mois d'emprisonnement, lorsque, par suite de l'adultère, le divorce ou la séparation auront été prononcés par un jugement définitif.

III. — *Suisse*. — Certains cantons de la Suisse exigent également que ce divorce ait été prononcé et fixent la peine les uns à deux mois (Zurich, art. 117

et 118), les autres à trois mois (Bâle-Ville, art. 88). d'autres enfin de trois à six mois (Neuchâtel, art. 284-287).

C. — *Troisième système.* — D'autres législations enfin ne veulent pas voir dans l'adultère une faute tombant sous le coup de la loi pénale et se contentent des sanctions civiles qu'elles ont établies. Il en est ainsi notamment en Danemark, en Suisse — dans le canton de Genève (codifications de 1791) — et dans la plupart des Etats de l'Amérique du Nord. De même l'adultère ne constitue pas, en Angleterre, une infraction rentrant dans la compétence des tribunaux criminels : « *adultery is not punishable by our law as a crime* » dit Stéphen. D'après la loi anglaise il n'y a là qu'un dommage civil, « *civil injury* », donnant naissance seulement à une action en dommages-intérêts. Mais ces dommages-intérêts sont souvent portés par la jurisprudence à une somme si considérable qu'ils en arrivent à constituer une sanction très sévère.

Résumons en deux mots, à titre de conclusion, les desiderata que nous avons formulés au cours de cette étude : abrogation des dispositions pénales édictées contre l'adultère, abrogation de l'article 324 qui consacre pour le mari le droit de tuer sa femme infidèle, enfin égalité absolue devant la loi du mari et de la femme.

Par le coup d'œil que nous venons de jeter sur les législations étrangères, il est facile de se convaincre que toutes ou presque toutes les législations manifestent une tendance marquée à adopter et à consacrer les principes juridiques que nous venons d'exposer : « l'évolution

actuelle du droit positif, dit M. Garraud (1), peut être ainsi caractérisée : d'une part, les différences autrefois faites entre l'adultère de la femme et celui du mari tendent à disparaître ; d'autre part, les châtimens autrefois sévères qui frappaient l'adultère tendent à s'abaisser. »

La Loi Française est, à cet égard, une des moins avancées et des moins libérales. Cependant une première réforme a été effectuée, au point de vue civil, par la loi du 27 juillet 1884 qui établit l'égalité de l'homme et de la femme en matière de divorce. Le principe est entré dans le Code. Il semble que, par ce premier pas dans la voie de la réforme, les législateurs ont pris l'engagement de poursuivre l'œuvre commencée. Tout récemment, un membre de la Chambre des Députés, M. Viviani, annonçait formellement son intention de déposer, à la rentrée prochaine du Parlement, une proposition de loi ayant pur but l'abrogation des articles 336 à 339 du Code pénal. La question ne pouvait manquer d'être ardemment débattue par la presse, reflet fidèle, dit-on, de l'opinion publique : nous sommes heureux de constater que la presque unanimité des journaux lui a fait le meilleur accueil. Nous souhaitons vivement — est-il besoin de le dire? — que la proposition de M. Viviani obtienne gain de cause devant le Parlement, et nous aimons à penser qu'un jour ou l'autre se trouvera ainsi réalisée la réforme que nous réclamons : car il ne faut jamais, quoi qu'on dise, désespérer de la bonne volonté du législateur...

(1) Tome IV, n° 502.

POSITIONS.

Droit Romain.

I. — Le fidéjusseur qui a contracté une obligation plus étendue que celle du débiteur principal n'est point obligé, même dans les limites de l'obligation principale : son obligation est nulle, et non pas seulement réductible.

II. — Les associés ne doivent aux affaires sociales que les soins qu'ils apportent à leurs propres affaires.

III. — La seule volonté des parties ne suffit pas pour qu'il y ait mariage entre elles.

IV. — La *restitutio in integrum* est accordée aux absents, qu'ils aient été *defensi* ou *indefensi*.

Droit Civil.

V. — Le mur qui sépare un bâtiment d'un enclos n'est pas mitoyen, mais il doit être présumé appartenir au propriétaire du bâtiment.

VI. — Le successible qui a laissé passer trente années sans prendre qualité est définitivement héritier : il a perdu la faculté de renoncer à la succession.

VII. — Un testateur ne peut valablement interdire à ses héritiers d'accepter sa succession sous bénéfice d'inventaire : une pareille prohibition doit être regardée comme nulle et de nul effet.

VIII. — La faculté d'aliéner les immeubles dotaux, concédée par une clause du Contrat de Mariage, n'entraîne pas celle de les hypothéquer, si elle n'a été formulée expressément.

Economie Politique.

IX. — La Loi ne doit point limiter le taux de l'intérêt conventionnel.

Droit Maritime.

X. — Lorsque l'abordage est dû à la faute respective des deux navires, chaque navire est responsable en proportion de la gravité de la faute qui lui est imputable. Si la faute est égale de la part des deux navires, il y a lieu de partager également entre eux la responsabilité.

Droit Constitutionnel.

XI.—L'Assemblée Nationale ne peut réviser d'autres points de la Constitution que ceux qui ont été déterminés par un vote préalable des deux Chambres.

XII.—Le Sénat peut, sans rejeter la loi de finances, rétablir un crédit supprimé par la Chambre des Députés.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,

JULES CABOUAT.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Caen.

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES



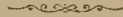
	PAGES.
Bibliographie.....	5
Introduction.....	11



DROIT ROMAIN.....	27
1^{re} Période.— L'Adultere avant la Loi Julia.....	31
2^e Période.— L'Adultere sous la Loi Julia.....	45
CHAPITRE I. — Conséquences Pénales de l'Adultere sous la Loi Julia.....	47
CHAPITRE II.— Conséquences Civiles de l'Adultere sous la Loi Julia.....	64
3^e Période.— L'Adultere postérieurement à la Loi Julia.....	73
CHAPITRE I. — La Lex Julia de Tibère à Constantin.	76
CHAPITRE II.— La Lex Julia de Constantin à Justinien	79
CHAPITRE III— L'Adultere sous la Législation de Justinien	82



SECTION II ^e . — Conséquences Civiles à l'égard des Enfants nés de l'Adultere.....	216
§ 1. -- L'Action en Désaveu des Enfants adultérins.....	216
§ 2. — Recherche de la Paternité adultérine.	238
§ 3. — Droits des Enfants adultérins. ...	244



DROIT COMPARÉ	263
----------------------------	-----



POSITIONS	279
------------------------	-----



